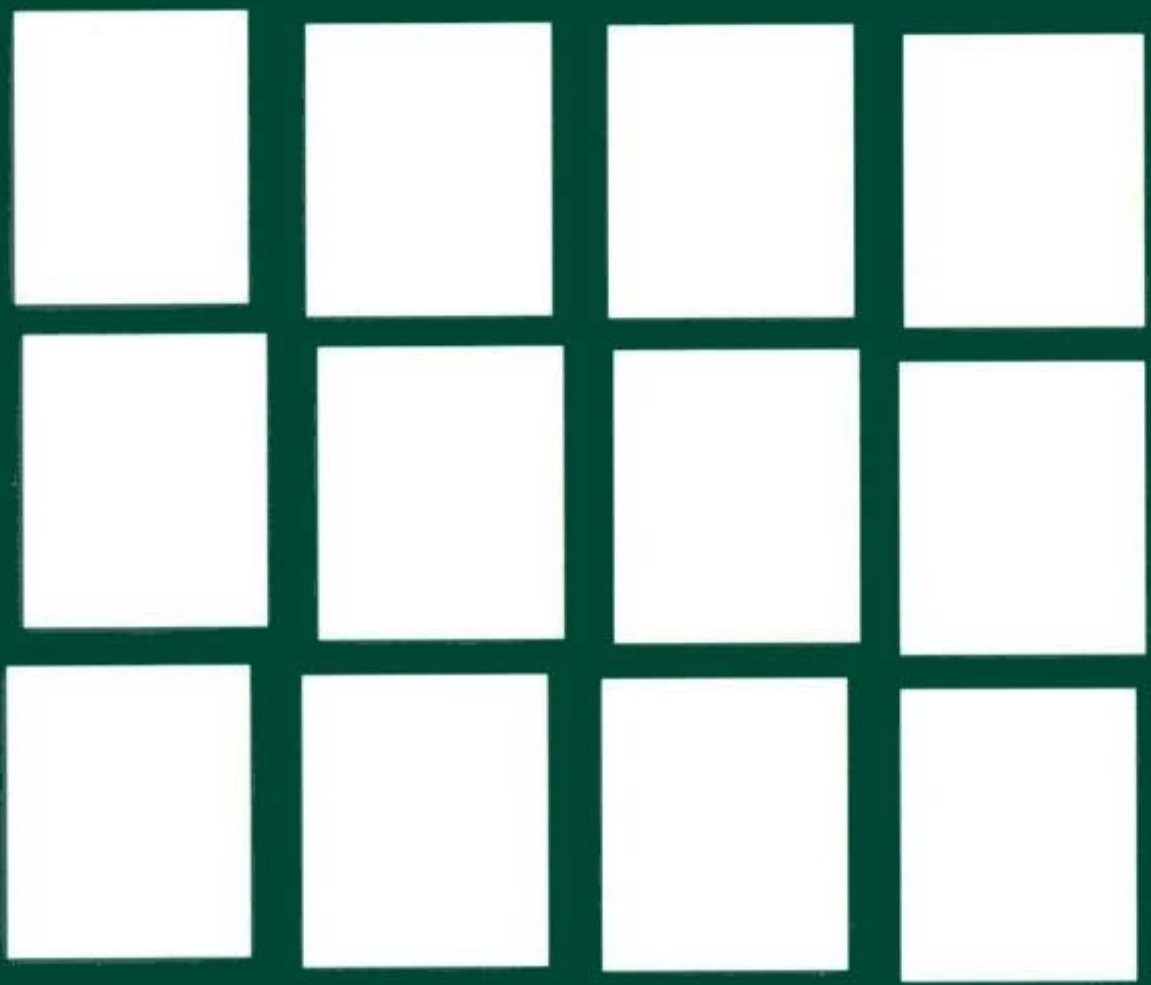
CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

32ª EDIÇÃO,
revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014



CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

32ª edição,
revista e atualizada
até a Emenda Constitucional 84,
de 2.12.2014

MALHEIROS EDITORES

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

© *CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO*

Como ***Elementos de Direito Administrativo***
1ª ed., 1ª tir., 1980; 2ª tir., 1981; 3ª tir., 1983; 4ª tir., 1984; 5ª tir., 1986; 6ª tir., 1987; 7ª tir., 1988; 2ª ed., 1ª tir., 01.1991; 2ª tir., 03.1991; 3ª ed., 1992.
Como ***Curso de Direito Administrativo***
4ª ed., 1993; 5ª ed., 1994; 6ª ed., 02.1995; 7ª ed., 11.1995; 8ª ed., 04.1996; 9ª ed., 06.1997; 10ª ed., 01.1998; 11ª ed., 02.1999; 12ª ed., 1ª tir., 01.2000; 2ª tir., 05.2000; 13ª ed., 01.2001; 14ª ed., 02.2002; 15ª ed., 01.2003; 16ª ed., 08.2003; 17ª ed., 01.2004; 18ª ed., 01.2005; 19ª ed., 07.2005; 20ª ed., 02.2006; 21ª ed., 07.2006; 22ª ed., 03.2007; 23ª ed., 08.2007; 24ª ed., 09.2007; 25ª ed., 1ª tir., 03.2008; 2ª tir., 08.2008; 26ª ed., 01.2009; 27ª ed., 02.2010; 28ª ed., 02.2011; 29ª ed., 01.2012; 30ª ed., 02.2013; 31ª ed., 02.2014.

ISBN: 978-85-392-0273-7

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Nadia Basso

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
02.2015

À Weida, doce companheira
e constante estimuladora de meus
estudos, com imenso amor.

NOTA À 32ª EDIÇÃO

Os acréscimos a esta edição foram unicamente devidos a alterações normativas importantes e a alguma melhoria do índice remissivo. Reiteramos uma vez mais nossos agradecimentos aos professores WEIDA ZANCANER, MAURÍCIO ZOCKUN e HERALDO GARCIA VITTA, que nisto me ajudaram e muito particularmente à profa. CAROLINA ZANCANER ZOCKUN que fez toda a atualização relativa ao tema "Licitação", que demandava muitas e relevantes revisões, bem como à dra. DIRCE TOSHIE TOMA, a qual, proporcionou-me valiosa colaboração para operacionalizar os aditamentos referidos.

São Paulo, janeiro de 2015

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

SUMÁRIO

Nota à 32ª edição 7

PARTE I — *INTRODUÇÃO* 27

Capítulo I — ***O DIREITO ADMINISTRATIVO E O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO***

I — ***As funções do Estado*** 29

II — ***Os critérios de distinção das funções do Estado*** 32

III — ***A função política ou de governo*** 36

IV — ***O Direito Administrativo*** 37

V — ***Origem do Direito Administrativo*** 38

VI — ***As bases ideológicas do Direito Administrativo*** 43

VII — ***O regime jurídico-administrativo*** 53

VIII — ***O Direito Administrativo e o interesse público: conceito jurídico de interesse público – O que é direito público subjetivo*** 59

Direito subjetivo público, 63; Interesses primários e secundários do Estado, 65

IX — ***Conteúdo do regime jurídico-administrativo*** 70

a) Supremacia do interesse público sobre o privado, 70; b) Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, 76

X — ***Valor metodológico da noção de regime administrativo*** ... 90

Capítulo II — ***PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO***

I — ***Princípios expressos e implícitos*** 98

1º) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, 99; 2º) Princípio da legalidade, 102; 3º) Princípio da finalidade, 109; 4º) Princípio da razoabilidade, 111; 5º) Princípio da proporcionalidade, 113; 6º) Princípio da motivação, 115; 7º) Princípio da impessoalidade, 117; 8º) Princípio da publicidade, 117; 9º) Princípios

do devido processo legal e da ampla defesa, 119; 10º) Princípio da moralidade administrativa, 123; 11º) Princípio do controle judicial dos atos administrativos, 124; 12º) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos, 125; 13º) Princípio da boa administração, 127; 14º) Princípio da segurança jurídica, 128

II — ***Restrições excepcionais ao princípio da legalidade***
a) Medidas provisórias, 130; b) Estado de defesa, 138; c) Estado de sítio, 139

PARTE II — *OS SUJEITOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO* 141

Capítulo III — ***A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA***

I — ***Os órgãos e as competências públicas*** 143
Órgãos públicos, 144; Classificação dos órgãos, 145; Competências públicas, 146 (Conceito de competência, 148)

II — ***Insurgência na via administrativa contra o exercício das competências: pedido de reconsideração, recurso hierárquico, reclamação administrativa, representação e denúncia*** 150

III — ***Centralização e descentralização administrativa*** 153
Desconcentração, 154; A hierarquia e os poderes do hierarca, 154; Distinção entre descentralização e desconcentração, 155; O controle, 155

IV — ***Organização administrativa da União: Administração direta e indireta*** 156
Administração direta da União, 157; Critério classificador do Decreto-lei 200, 158; Entes paraestatais, 161

Capítulo IV — ***FIGURAS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E ENTIDADES PARALELAS*** 164

I — ***Autarquias***
Conceito, 164; Regime jurídico, 165 (a) Relações com a pessoa que as criou, 166; b) Relações com terceiros, 169; c) Relações internas, 171); *Autarquias especiais ou sob regime especial, 173; Agências reguladoras, 174; Agências executivas, 185*

II — ***Fundações públicas***
Conceito legal: impropriedade, 188; Natureza das fundações públicas, 190

III — ***Empresas públicas e sociedades de economia mista*** *Conceito de empresa pública, 191* (Conceito legal: impropriedade, 191); *Conceito de sociedade de economia mista, 195* (Conceito legal: impropriedade, 196); *As diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista, 197; Natureza essencial de empresas públicas e sociedades de economia mista: consequências, 198; Critérios para interpretação do regime jurídico das empresas do Estado, 201; Espécies de empresas públicas e sociedades de economia mista, 202; Empresas estatais e concessão de serviço público, 203; A peculiaridade de regime das estatais em confronto com as pessoas de Direito Privado. Normas constitucionais, 205; O regime jurídico das empresas estatais, 208* (a) Relações com a pessoa que as criou, 208; b) Relações com terceiros, 212; c) Relações internas, 223)

IV — ***Figuras jurídicas introduzidas pela Reforma Administrativa*** 226
Contrato de gestão, 229; Contratos de gestão entre Estado e entidades da Administração indireta, 231 (O art. 37, § 8º, da Constituição, 237; Contrato entre órgãos?, 238); *Contratos de gestão entre o Estado e as "organizações sociais", 240; Organizações sociais, 241; Organizações da sociedade civil de interesse público, 246; Organização da Sociedade Civil, 247*

Capítulo V — ***SERVIDORES PÚBLICOS***

I — ***Agentes públicos*** 250

II — ***Classificação dos agentes públicos*** 253
a) Agentes políticos, 253; b) Agentes honoríficos, 254; c) Servidores estatais, 255 (Servidores públicos: conceito e espécies, 255; Servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, 257); *d) Particulares em colaboração com a Administração, 257*

III — ***Os servidores estatais na Constituição: titulares de cargos e ocupantes de empregos*** 260
a) Cargos públicos, 261; b) Funções públicas, 262; c) Empregos públicos, 262

IV — ***Natureza da relação jurídica entre os titulares de cargos e o Poder Público*** 263

V — ***Natureza da relação jurídica entre os ocupantes de emprego e as entidades governamentais*** 264

VI — ***Âmbito de aplicação do regime de emprego e do regime de cargo*** 265

VII — ***Objeto das normas constitucionais sobre pessoal*** 273

VIII — ***Normas de contenção de despesas com os servidores estatais***

a) Limite global de despesas com pessoal, 273; b) Previsão orçamentária e na lei de diretrizes para alterações, 278; c) Proibição à União e Estados de aportarem recursos a outros níveis de governo para despesas de pessoal, 278

IX — ***Normas relativas à remuneração dos servidores e de agentes políticos***

a) Criação de remuneração por subsídios, 279; b) Limite de remuneração, 280; c) Vencimentos do Executivo como paradigma para o Legislativo e o Judiciário, 284; d) Proibição de vinculação de vencimentos, 285; e) Cálculo de acréscimos pecuniários, 285; f) Uniformidade na data e nos índices para revisão geral da remuneração dos servidores públicos, 285; g) Exigência de lei para fixação ou alteração da remuneração, 285

X — ***Normas constitucionais sobre o regime jurídico dos servidores estatais (titulares de cargos ou empregados)*** ... 286

a) Acessibilidade aos cargos e empregos: concurso público, 287 (Admissão e dispensa nas estatais, 290); *b) Contratação excepcional sem concurso, 292; c) Direito de greve e de sindicalização, 293; d) Proibição de acumulação remunerada, 294; e) Sanção por improbidade administrativa, 296*

XI — ***Regime constitucional dos servidores públicos titulares de cargos*** 296

a) Irredutibilidade de vencimentos, 296; b) Alguns direitos equivalentes aos dos empregados, 296; c) Estabilidade, 297; d) Disponibilidade, 298; e) Aposentadoria e proventos, 299; f) Requisitos para aposentadoria e correspondentes proventos, 300; g) Forma de cálculo dos proventos de aposentadoria e das pensões, 301; h) Tratamentos específicos em atenção a situações transitórias, 303; i) Contribuição previdenciária, 306; j) Atualização de proventos e pensões, 310

XII — ***Os cargos públicos*** 311

a) Criação e extinção. Declaração de desnecessidade, 311; b) Classificação dos cargos, 311 (Cargos em comissão, 312; Cargos de provimento efetivo, 313; Cargos vitalícios, 315); *c) Lotação dos cargos e "redistribuição", 315*

XIII — ***O provimento em cargo público: conceito e formas*** 315
a) Provimento autônomo ou originário (Nomeação, 316; Posse, 317); *b) Provimentos derivados, 318* (Provimento derivado vertical (promoção), 318; Provimento derivado horizontal (readaptação), 318; Provimento derivado por reingresso (reversão, aproveitamento, reintegração e recondução), 319)
XIV — ***Direitos e vantagens dos servidores públicos estatutários*** 320
a) Direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor, 320 (Direitos e vantagens de ordem pecuniária, 320; Direitos de ausência ao serviço, 322; Aposentadoria, 328); *b) Direitos e vantagens em prol de dependentes do servidor, 328*
XV — ***Deveres e responsabilidades dos servidores públicos estatutários*** 329
Prescrição, 332
XVI — ***Sindicância e processo administrativo*** 332
XVII — ***Limites ao poder de emendar a Constituição e a situação dos atuais servidores*** 337

PARTE III — *AS VIAS TÉCNICO-JURÍDICAS DE AÇÃO ADMINISTRATIVA* 345

Capítulo VI — ***O REGULAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO***
I — ***Introdução*** 347
II — ***Espécies de regulamento no Direito europeu*** 349
III — ***O regulamento previsto no art. 84, VI, da Constituição brasileira*** 350
IV — ***Conceito de regulamento no Direito brasileiro*** 351
V — ***Diferenças entre lei e regulamento no Direito brasileiro*** 352
VI — ***O regulamento ante o princípio da legalidade no Brasil*** 353
VII — ***Finalidade e natureza da competência regulamentar*** 359
VIII — ***Limites ao regulamento no Direito brasileiro: a delegação legislativa disfarçada*** 362
IX — ***O objeto da competência regulamentar*** 368
X — ***Diferenças entre lei e regulamento quanto às garantias do administrado*** 374
XI — ***Resoluções, instruções e portarias*** 377

Capítulo VII — *ATOS ADMINISTRATIVOS*

I — ***Considerações introdutórias***
a) Distinção entre fatos jurídicos e atos jurídicos, 379; b) O problema da conceituação do ato administrativo, 383; c) Os conceitos jurídicos, 384; d) Historicidade dos conceitos jurídicos, 387; e) Funcionalidade e não "verdade" dos conceitos, 388; f) Critério básico para conceituação do ato administrativo, 391

II — ***Atos da Administração e atos administrativos*** 391

III — ***Conceito de ato administrativo*** 393

IV — ***Perfeição, validade e eficácia*** 394

V — ***Requisitos do ato administrativo*** 398

VI — ***Elementos do ato***
Conteúdo, 401; Forma, 402

VII — ***Pressupostos do ato***
1) Pressupostos de existência, 403; 2) Pressupostos de validade: A) Sujeito (pressuposto subjetivo), 404; B) Motivo (pressuposto objetivo), 405 (Motivo do ato e motivo legal, 406; Motivo e móvel, 407; O papel da vontade no ato administrativo, 407; Motivo e motivação, 408; O dever de motivar e as consequências de sua violação, 408; Teoria dos motivos determinantes, 412)*; C) Requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), 412; D) Finalidade (pressuposto teleológico), 413* (Teoria do desvio de poder, 414)*; E) Causa (pressuposto lógico), 416; F) Formalização (pressuposto formalístico), 418*

VIII — ***O silêncio no Direito Administrativo*** 421

IX — ***Atributos dos atos administrativos*** 425
Casos em que cabe executoriedade, 430; Defesas contra a executoriedade, 430

X — ***Classificação dos atos administrativos*** 430
a) Quanto à natureza da atividade, 431; b) Quanto à estrutura do ato, 431; c) Quanto aos destinatários do ato, 432; d) Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, 432; e) Quanto à função da vontade administrativa, 433; f) Quanto aos efeitos, 433; g) Quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados, 433; h) Quanto à situação de terceiros, 435; i) Quanto à composição da vontade produtora do ato, 435; j) Quanto à formação do ato, 436; k) Quanto à natureza das situações jurídicas que criam, 436; l) Quanto à posição jurídica da Administração, 437

XI — ***Vinculação e discricionariedade*** 438
Discricionariedade técnica, 445
XII — ***Atos administrativos "in specie"***
Em função do conteúdo, 446; Como formas de manifestação de outros atos, 452
XIII — ***Procedimento (ou processo) administrativo*** 456
XIV — ***Panorama da extinção dos atos administrativos*** 458
XV — ***Revogação***
Conceito, 461; Sujeito ativo da revogação, 462; Objeto da revogação, 462; Fundamento da revogação, 464; Motivos da revogação, 465; Efeitos da revogação, 466; Natureza do ato revogador, 467; Limites ao poder de revogar, 468; Revogação e indenização, 470
XVI — ***Coisa julgada administrativa*** 471
XVII — ***Invalidade dos atos administrativos*** 473
Sujeitos ativos da invalidação, 474; Objeto da invalidação, 474; Fundamento da invalidação, 476; Motivo da invalidação, 476; Forma da invalidação, 476; Efeitos da invalidação, 478; Classificação da invalidade segundo a doutrina brasileira, 479; Atos irregulares, 482; Comentários às diferentes teorias, 483; O grau de intolerância em relação a categorias de atos inválidos, 484; Convalidação, 486; Convalidação e invalidação: poder ou dever?, 487; Identificação dos atos inexistentes, dos nulos e dos anuláveis, 490; Regime dos atos inválidos, 490; Invalidação e dever de indenizar, 493; Direito de resistência contra atos inválidos, 494
XVIII — ***Regime jurídico dos atos inexistentes, dos nulos e anuláveis: comparação*** 495
XIX — ***Diferenças entre revogação e invalidação*** 497

Capítulo VIII — ***O PROCEDIMENTO (OU PROCESSO) ADMINISTRATIVO***
I — ***Conceito de procedimento administrativo*** 498
Procedimento e ato complexo, 504
II — ***Requisitos do procedimento*** 505
III — ***Importância do procedimento administrativo. Atualidade do tema*** 506
IV — ***Objetivos do processo ou procedimento*** 509
V — ***Espécies de procedimento*** 510
VI — ***Fases do processo ou procedimento*** 512
VII — ***Princípios do procedimento*** 513
VIII — ***Fundamentos constitucionais dos princípios do procedimento administrativo*** 518

IX — ***Obrigatoriedade da adoção de procedimento administrativo formalizado*** 522
X — ***O processo (ou procedimento) na legislação federal*** 524
Âmbito de abrangência, 524; Competência, 525; Princípios do processo e garantias do administrado, 525; Sequência processual, 530; Prazos processuais, 534; Revogação, anulação e convalidação, 535

Capítulo IX — ***LICITAÇÃO***
I — ***Conceito e finalidades*** 536
II — ***A legislação sobre licitação*** 539
Normas gerais de licitação e contratos, 544
III — ***Os princípios da licitação*** 546
IV — ***Quem está obrigado a licitar*** 554
V — ***Os pressupostos da licitação*** 556
VI — ***O objeto licitável, a dispensa e a inexigibilidade de licitação*** 557
Bens singulares, 558; Serviços singulares, 558; Sistematização legal dos casos excludentes de licitação, 559; Os casos qualificados pela lei como de licitação dispensável, 559; Inexigibilidade de licitação, 565; Serviços técnicos de natureza singular, 568; Justificação de dispensas e de inexigibilidade, 570; Licitação proibida, 571
VII — ***Modalidades da licitação*** 571
Prazos e formas de publicidade nas modalidades de licitação, 578; Comparação entre concorrência, tomada de preços e convite, 578; Pregão e consulta, 580 (Procedimento do pregão, 581); *Registros cadastrais, 586; O registro de preços, 587; Comissões de licitação, 588; Licitações de grande vulto e licitações de alta complexidade técnica, 589; Alienação de bens, 590; Licitações internas e licitações internacionais, 591*
VIII — ***Etapas interna e externa da licitação*** 592
Requisitos para instauração de licitação, 592; Vedações nas licitações, 593
IX — ***Fases da licitação*** 594
Exame dos afluentes à licitação, 595; Exame das propostas, 596; Confirmação do resultado e outorga do objeto, 596; Esquema analítico das fases, 597; Sequência procedimental da concorrência, 597
X — ***O edital*** 600
Vícios do edital, 603

XI — ***A habilitação*** 604
Documentos substitutivos para habilitação, 609; Consórcios, 610; Habilitação de empresa estrangeira em licitação internacional; compras de bens no Exterior, 611; Comparecimento de um único licitante, 612; Pré-qualificação, 612; Descabimento de rigorismos inúteis na habilitação, 612; Efeito jurídico da habilitação, 613; Vícios da habilitação, 614
XII — ***O julgamento*** 615
Requisitos das propostas, 615; Objetividade do julgamento, 618; Classificação, 618; Desempate entre as propostas, 618; Os "tipos" de licitação, 619; Equanimidade de tratamento entre licitantes estrangeiros e nacionais, 622; Classificação de uma só proposta, 622; Vícios da classificação, 622; Efeito jurídico da classificação, 623
XIII — ***Homologação e adjudicação*** 624
XIV — ***Regras especiais para licitações com financiamento internacional e para compras de bens efetuadas no Exterior*** 624
XV — ***Recursos administrativos*** 625
XVI — ***O procedimento licitatório e suas consequências*** 626
Licitação e direito ao subsequente contrato, 626; Revogação da licitação, 626; Anulação da licitação, 627
XVII — ***Crimes*** 630
XVIII — ***Licitação e mandado de segurança*** 630

Capítulo X — ***O CONTRATO ADMINISTRATIVO***
I — ***Introdução*** 632
Peculiaridades do contrato administrativo, 633
II — ***O contrato administrativo no Direito francês*** 634
III — ***O contrato administrativo na doutrina brasileira*** 636
IV — ***Conceito de contrato administrativo*** 638
V — ***Características do chamado "contrato administrativo"*** 640
A lógica do contrato administrativo, 642
VI — ***O contrato administrativo no Direito Positivo brasileiro*** 642
Alteração unilateral do contrato, 644; Alteração bilateral do contrato, 645; Extinção do contrato: generalidades e a extinção unilateral, 646; Outras hipóteses de extinção, 647; A "exceptio non adimpleti contractus", 648; Prazo e prorrogação dos contratos, 648; Formalidades do contrato administrativo, 650; Eficácia dos contratos admi-

nistrativos, 651; Os pagamentos devidos ao contratado; correção monetária; reajuste e recomposição de preços no Direito Positivo (imprevisão, fato do príncipe e sujeições imprevistas), 651; Sanções administrativas e penais por ocasião dos contratos administrativos, 659

VII — ***Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*** 660
O âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o Direito Positivo brasileiro, 663; O contrato administrativo e o dever de boa-fé, 668

VIII — ***A cláusula "rebus sic stantibus"*** 669

IX — ***A teoria da imprevisão*** 670

X — ***As cláusulas de reajustes de preços*** 673

XI — ***Os reajustes e os índices oficiais*** 675

XII — ***Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos ou "inexistentes"*** 678

XIII — ***Os quase contratos e o enriquecimento sem causa*** 679

XIV — ***Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*** ... 683

XV — ***Convênios e consórcios*** 686

PARTE IV — *AS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS* 691

Capítulo XI — ***SERVIÇO PÚBLICO E OBRA PÚBLICA***

I — ***Conceito de serviço público*** 694
a) Substrato material da noção de serviço público, 698; b) Elemento formal caracterizador do serviço público: seu regime jurídico, 700; Princípios do serviço público, 700

II — ***Titularidade do serviço e titularidade da prestação*** 705

III — ***Serviços públicos e outras atividades estatais*** 706
Serviço público e obra pública, 706; Serviço público e poder de polícia, 707; Serviço público e exploração estatal de atividade econômica, 709

IV — ***Serviços públicos por determinação constitucional*** 710

V — ***Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil*** 712
a) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, 712; b) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder, 713; c) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade, 713; d) Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão, 713

VI — ***Os serviços públicos e a dubiedade da expressão "autorização" na Constituição*** 714

VII — ***Limites constitucionais para a caracterização de um serviço como público*** 715
VIII — ***Serviços públicos e serviços governamentais*** 717
IX — ***Obra pública***
Conceito, 719; Modalidades de execução indireta, 720; Obra de grande vulto, 721; Obra de imenso vulto, 722; Garantia de execução, 722; Fiscalização da obra, 723; Recebimento da obra, 723; Responsabilidade pela obra, 724

Capítulo XII — ***CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SEUS REGIMES JURÍDICOS***
I — ***Concessão de serviços públicos: conceito e noções gerais*** 725
A exploração do serviço como forma de remuneração, 726; Concessão e permissão de serviço público na Constituição e as leis editadas para cumpri-la, 727; Impropriedade das definições legais, 730; Natureza dos serviços suscetíveis de serem concedidos, 734; Natureza jurídica da concessão de serviço público e suas consequências, 735
II — ***Forma e condições da outorga do serviço em concessão*** 737
Licitação das concessões, 739; O "contrato" de concessão, 746; Transferência da concessão — Transferência do controle acionário da concessionária e a subconcessão, 746; Direitos emergentes da concessão como garantias de financiamento, 749
III — ***O prazo nas concessões e sua prorrogação*** 750
IV — ***Os poderes do concedente*** 752
V — ***Os direitos do concessionário*** 757
Remuneração do concessionário, 759
VI — ***As tarifas*** 759
As fontes paralelas (alternativas, complementares) de receita do concessionário, 761; O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público (ou obra pública), 762
VII — ***Os direitos dos usuários*** 767
VIII — ***Formas de extinção da concessão e seus efeitos jurídicos*** 771
IX — ***A reversão dos bens*** 776

X — ***Síntese da composição patrimonial no encerramento da concessão*** 779
XI — ***Responsabilidade do concessionário e subsidiária do Estado pelos danos a terceiros causados em razão do serviço*** 780
XII — ***Permissão de serviço público*** 782
XIII — ***Situações transitórias na lei de concessões*** 793
XIV — ***A parceria público-privada (PPP)*** 796
Valor, prazo e objeto das parcerias público-privadas, 798; Modalidades, 798; Concessão administrativa: a falsa concessão, 800; Benefícios aos contratados nas parcerias público-privadas: vantagens e garantias, 801; Garantias ofertáveis ao financiador do parceiro privado, 803; O contrato de parceria: gestão por sociedade de propósito específico, 803; O contrato de parceria: liberação de pagamentos ao parceiro privado, 804; O contrato de parceria: diretrizes e cláusulas contratuais, 804; Repartição de riscos. Garantias exigidas do parceiro privado. Repartição de ganhos, 805; Licitação nas parcerias público-privadas, 806; Disposições aplicáveis apenas à União, 808; Inconstitucionalidades da lei das parcerias público-privadas, 808 (Vinculação de receitas, 809; Fundos especiais, 810; Empresa estatal garantidora, 812; Mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, 812; Assunção, por financiador, do controle da sociedade de propósitos específicos, 813)

Capítulo XIII — ***INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E NO DOMÍNIO SOCIAL***

I — ***Introdução*** 814
II — ***Intervenção do Estado no domínio econômico***
Conceito de atividade econômica em nossa Constituição, 817; Valorização do trabalho humano, 818; Liberdade de iniciativa, 819; Atividades privadas sob regime especial, 824; Função social da propriedade, 824; Livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico, 825; CADE: organização e funções, 826 (Superintendência-Geral, 827); *Infrações à ordem econômica, 828; Penas por infrações à ordem econômica, 830; Acordo de leniência, 832; Defesa do consumidor, 832; Monopólio, 835*
III — ***Intervenção do Estado no domínio social*** 836

Capítulo XIV — *PODER DE POLÍCIA*

I — ***Introdução*** 842
II — ***Sentido amplo e sentido estrito do poder de polícia*** 846
III — ***Fundamento da polícia administrativa*** 847
IV — ***Supremacia geral e supremacia especial*** 848
V — ***Essência do poder de polícia*** 853
Traços característicos, 855
VI — ***Polícia administrativa e polícia judiciária*** 857
VII — ***Atos através dos quais se expressa a polícia administrativa*** 859
VIII — ***O poder de polícia é discricionário?*** 860
IX — ***Definição de polícia administrativa*** 861
X — ***Polícia geral e polícia especial*** 861
XI — ***Delegação de atos de polícia administrativa*** 863
XII — ***Executoriedade das medidas de polícia administrativa*** ... 865
XIII — ***Polícia administrativa e o princípio da proporcionalidade contra abusos da Administração*** 867
XIV — ***Setores da polícia administrativa*** 868
XV — ***Polícia administrativa da União, Estados e Municípios*** ... 868

Capítulo XV — *INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS*

I — ***Conceito*** 871
II — ***Finalidades*** 872
III — ***Sujeito infrator e sujeito responsável subsidiário*** 873
IV — ***"Excludentes" da infração ou da sanção*** 874
V — ***Princípios*** 874
a) Princípio da legalidade, 874; b) Princípio da anterioridade, 876; c) Princípio da tipicidade, 877; d) Princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração, 879; e) Princípio da proporcionalidade, 880; f) Princípio do devido processo legal, 881; g) Princípio da motivação, 883
VI — ***Providências acautelatórias*** 883
VII — ***Classificações das sanções: sanções transmissíveis e sanções intransmissíveis*** 884
VIII — ***Multas*** 887
IX — ***Dever de sancionar*** 888

Capítulo XVI — *DESAPROPRIAÇÃO*

I — *Conceito* 889
II — *Fundamentos da desapropriação* 895
III — *Desapropriação: forma originária de aquisição da propriedade* 895
IV — *Requisitos da desapropriação* 897
V — *Competência para legislar sobre desapropriação; competência para desapropriar e competência para promover desapropriação* 899
VI — *Objeto da desapropriação* 900
VII — *Beneficiários da desapropriação* 901
VIII — *Fases do procedimento expropriatório* 902
IX — *A declaração de utilidade pública* 902
X — *A imissão provisória de posse* 906
XI — *A justa indenização. Juros. Correção monetária. Outras despesas. Honorários de advogados* 908
XII — *Momento em que se consuma a desapropriação* 913
XIII — *Desapropriação por zona* 913
XIV — *Desapropriação indireta* 914
XV — *Extensão do controle jurisdicional na ação de desapropriação* 915
XVI — *Retrocessão e direito de preferência violado* 916
XVII — *Requisição* 929
XVIII — *Servidão administrativa* 930
XIX — *Tombamento* 934

Capítulo XVII — *GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS*

I — *Conceito* 937
II — *Os bens com relação à sua destinação* 938
III — *Afetação e desafetação dos bens públicos* 939
IV — *Regime jurídico dos bens públicos* 939
V — *Os bens quanto à sua natureza física* 941
a) Bens do domínio hídrico, 942; b) Bens do domínio terrestre, 943 (Domínio do solo, 943; Domínio do subsolo, 947)
VI — *Formas de aquisição e alienação de bens públicos* 948
VII — *Formas de utilização dos bens públicos pelos administrados* 949
a) Utilização dos bens de uso comum, 949; b) Utilização dos bens de uso especial, 954; c) Utilização dos bens dominicais, 954

PARTE V — *O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO* 961

Capítulo XVIII — *PANORAMA DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

I — ***Controle interno e externo*** 963
a) Controle interno, 965; b) Controle externo, 967

II — ***Controle parlamentar direto*** 968
a) Sustação de atos e contratos do Executivo, 968; b) Convocação de Ministros e requerimentos de informações; recebimento de petições, queixas e representações dos administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor, 968; c) Comissões Parlamentares de Inquérito, 969; d) Autorizações ou aprovações do Congresso necessárias para atos concretos do Executivo, 969; e) Poderes controladores privativos do Senado, 969; f) Julgamento das contas do Executivo, 970; g) Suspensão e destituição ("impeachment") do Presidente ou de Ministros, 970

III — ***Controle pelo Tribunal de Contas*** 971
a) Compostura e composição do Tribunal de Contas, 971; b) Parecer prévio sobre as contas do Presidente, 972; c) Julgamento das contas dos administradores públicos, 973

IV — ***Controle jurisdicional (panorama)*** 974
a) "Habeas corpus", 981; b) Mandado de segurança, 981; c) "Habeas data", 982; d) Mandado de injunção, 983; e) Ação popular, 983; f) Ação civil pública, 984; g) Ação direta de inconstitucionalidade, 984

Capítulo XIX — *DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL*

I — ***Introdução*** 986
II — ***Princípio da legalidade*** 988
III — ***Vinculação e discricionariedade*** 989
Mérito do ato, 983
IV — ***Fundamentos da discricionariedade*** 993
V — ***Estrutura lógico-normativa da discricionariedade*** 996
VI — ***Conceito de discricionariedade*** 1000
VII — ***Limites da discricionariedade*** 1001
VIII — ***Extensão do controle judicial*** 1006
a) Exame dos motivos, 1006; b) Exame da finalidade: o desvio de poder, 1007; c) Exame da causa do ato, 1011

IX — ***Relatividade da competência discricionária*** 1011
X — ***Conclusão*** 1018

Capítulo XX — ***RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR COMPORTAMENTOS ADMINISTRATIVOS***

I — ***Introdução*** 1021
II — ***Responsabilidade e sacrifício de direito*** 1022
III — ***Originalidade da responsabilidade pública*** 1025
IV — ***A responsabilidade do Estado e o Estado de Direito*** 1027
V — ***Evolução da responsabilidade por atos administrativos*** 1029
a) Princípio da irresponsabilidade do Estado, 1029; b) Princípio da responsabilidade do Estado, 1030; c) Responsabilidade subjetiva do Estado, 1031; d) Responsabilidade objetiva do Estado, 1034
VI — ***Fundamentos da responsabilidade do Estado*** 1035
VII — ***Questões capitais sobre a responsabilidade estatal*** 1035
VIII — ***Os sujeitos que comprometem o Estado*** 1036
IX — ***Caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade*** 1038
a) Danos por ação do Estado, 1039; b) Danos por omissão do Estado, 1041; c) Danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado, 1046
X — ***O dano indenizável*** 1048
XI — ***Excludentes da responsabilidade do Estado*** 1054
XII — ***A responsabilidade do Estado no Brasil***
a) Introdução, 1054; b) Evolução normativa da responsabilidade do Estado no Brasil, 1055; c) Responsabilidade subjetiva ou objetiva como regra no Direito vigente, 1059; d) Responsabilidade patrimonial do agente por danos a terceiros, 1062; e) Responsabilidade estatal na jurisprudência brasileira, 1070; f) A forma de efetivação da responsabilidade do Estado, 1073; g) A responsabilidade dos agentes e de terceiros por ilícitos, 1077

Capítulo XXI — ***A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO***

I — ***Prescrição, decadência e preclusão*** 1082
II — ***Prescrição (ou outro prazo extintivo) da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa*** 1084

III — *Prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público* 1085
IV — *Pretensões da Administração contra o administrado* 1088
V — *"Prescrição" da possibilidade de a Administração prover, ela própria, sobre certa específica situação* 1088
VI — *Prescrição das ações judiciais contra o administrado* 1090

APÊNDICE — *O NEOCOLONIALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*
I — *Introdução* 1095
II — *A globalização, o neoliberalismo e a "reforma" do Estado* 1100
III — *Os reflexos da globalização no mundo jurídico brasileiro* ... 1104
IV — *Conclusão* 1108

ÍNDICE REMISSIVO DE AUTORES 1111

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 1119

PARTE I
INTRODUÇÃO

Capítulo I – O DIREITO ADMINISTRATIVO E O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. Capítulo II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras –, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. Conquanto uno, o direito se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o Direito Privado. Este último se ocupa dos interesses privados, regulando relações entre particulares. É, então, governado pela *autonomia da vontade*, de tal sorte que nele vige o princípio fundamental de que as partes elegem as finalidades que desejam alcançar, prepõem-se (ou não) a isto conforme desejem e servem-se para tanto dos meios que elejam a seu alvedrio, contanto que tais finalidades ou meios não sejam proibidos pelo Direito. Inversamente, o Direito Público se ocupa de interesses da Sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela ideia de *função*, de dever de atendimento do interesse público.

É o Estado quem, por definição, juridicamente encarna os interesses públicos. O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público. Ocupa-se, então, de uma das funções do Estado: a função administrativa. Cumpre, portanto, identificá-la para clarear o objeto de estudo do Direito Administrativo.

Para quem se ocupa do estudo do Direito, assim como para quaisquer que o operem, nada mais interessa senão saber que princípios e que regras se aplicam perante tais ou quais situações. Por isto

mesmo, um ramo jurídico é verdadeiramente "autônomo" quando nele se reconhecem princípios que formam em seu todo uma unidade e que articulam um conjunto de regras de maneira a comporem um sistema, "um regime jurídico" que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras. Daí a necessidade de conhecer-se o "regime jurídico administrativo", por ser ele que infunde a identidade própria do Direito Administrativo.

Ocorre que, consoante já foi dito com razão, os títulos fundamentais do Direito Administrativo se alojam no Direito Constitucional. Assim, o Direito Administrativo de cada país possui a feição que lhe confere o respectivo Direito Constitucional, razão, aliás, que serve de advertência contra a ingenuidade de pretender extrapolar noções recolhidas em Direito alienígena para aplicá-las, acriticamente, ao Direito Administrativo brasileiro.

Eis, pois, que, como necessária introdução ao exame do Direito Administrativo brasileiro, é mister desenvolver inicialmente dois capítulos, que virão a seguir: "O Direito Administrativo e o regime jurídico administrativo" e "Princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro".

Capítulo I

O DIREITO ADMINISTRATIVO E O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

I. As funções do Estado. II. Os critérios de distinção das funções do Estado. III. A função política ou de governo. IV. O Direito Administrativo. V. Origem do Direito Administrativo. VI. As bases ideológicas do Direito Administrativo. VII. O regime jurídico-administrativo. VIII. O Direito Administrativo e o interesse público: conceito jurídico de interesse público – O que é direito público subjetivo. IX. Conteúdo do regime jurídico-administrativo. X. Valor metodológico da noção de regime administrativo.

I. As funções do Estado

1. O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da *função administrativa, bem como pessoas* e *órgãos que a desempenham.*

Cumpre, portanto, ainda que sucintamente, buscar identificá-la, cotejando-a com as demais funções estatais.[1] Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

2. Em nosso tempo histórico, no mundo ocidental, prevalece esmagadoramente na doutrina a afirmação de que há uma trilogia de funções no Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Isto é certo, embora possam ser invocadas algumas raras, conquanto muito respeitáveis, vozes discrepantes[2] e se possa

1. Em geral, a doutrina assinala que a função mais difícil de ser conceituada é a função administrativa, pela grande heterogeneidade das atividades que nela se compreendem.

2. Assim, por exemplo, Kelsen sustenta que as funções estatais na verdade são duas: a de *criar* o Direito, legislação, e a de *executar* o Direito, o que tanto é feito

também observar que determinados atos estatais parecem não se acomodar bem neste modelo.

Como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados "Poderes", os quais, de regra, são explicitamente mencionados nas constituições modernas do Ocidente. Tais unidades or-

pela Administração como pela Jurisdição (*Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1950, tradução de Eduardo García Maynez, pp. 268-269). Entre nós, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, embora em posição muito distinta da de Kelsen, também considera que só há duas funções no Estado: a administrativa e a jurisdicional. A administrativa visa integrar a ordem jurídico-social, mediante duas atividades: a de legislar e a de executar, possuindo portanto um caráter político de programação e realização dos objetivos públicos. A jurisdicional tem por objeto o próprio Direito, possuindo, portanto, um caráter manifestamente jurídico. Visa a manter a ordem jurídica vigente ameaçada ou violada (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 49 a 58). Tal como há os que reduzem o número de funções do Estado, há os que as ampliam. Assim, Francis-Paul Bénoît, pretende que há uma pluralidade de funções. Após efetuar uma crítica demolidora e irrespondível aos que afirmam existir a tripartição do Poder e das funções no sistema constitucional francês, sustenta que, à luz deste, devem ser distinguidas as funções do que denomina Estado-Nação das funções do que denomina Estado-Coletividade. Para ele são reconhecíveis no Estado-Nação duas funções: a parlamentar, de criação do direito interno e a governamental, de direção geral da política externa e interna. No Estado-Coletividade também há que distinguir dois grupos de funções: uma, a função administrativa e outra que compreende uma variedade de serviços sob regimes diferentes do da função administrativa, quais a função judiciária, a função de ensino, a função de defesa e possivelmente outras, notadamente uma função de pesquisa (*Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, pp. 27 a 52). Escrevendo no final do século XIX e no princípio do século XX, ante a realidade do Direito alemão da época, Otto Mayer, sem usar a expressão *funções*, mas falando em "atividades" do Estado, mencionava, além das atividades legislativa, executiva e judicial, outra não enquadrável em nenhuma das três, e que chamou de uma *quarta* espécie de atividade, o *governo*, significando a alta direção, que assiste ao Príncipe e a seus auxiliares imediatos, voltada a promover o andamento dos negócios do Estado no sentido da busca do interesse geral, pelo que "influi em todos os ramos da atividade material do Estado, mas permanece em um plano ideal não descendo, por seus efeitos diretos, sobre o terreno do direito". O fato é que, mais adiante, menciona atividades que declara não se encaixarem em nenhuma das anteriores. É o caso do que denominou atividades *auxiliares do direito constitucional*, expressas por atos destinados a colocar a Constituição em movimento e prover seu funcionamento, como, por exemplo, os de proclamar o advento de um novo rei, a instalação de uma regência, ordenar e dirigir as eleições para a Assembleia Nacional, convocar e dissolver esta Assembleia etc. Além delas, refere ainda as *atividades em que o Estado atua fora de sua própria ordem jurídica*, como nas relações diplomáticas, na guerra externa, na guerra civil, bem como a atividade expressada nas ordenanças de urgência do Príncipe (*Le Droit Administratif Allemand*, vol. I, V. Giard & E. Brière, Libr. Éditeurs, Paris, 1903, pp. 1 a 14).

gânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

3. Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção *política* invulgarmente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima *consagração jurídica*. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

De fato, os pressupostos em que se baseou e o objetivo que o norteava foram por ele expressados de maneira clara, nestes termos: "(...) é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! a própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder".[3] E logo adiante: "Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercessem estes três poderes:

3. No original: "(...) c'est une expérience eternelle, que toute homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le diroit! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir". E pouco adiante: "Lorsque dans la même persone ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'ya point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques por les exécuter tyranniquement. Il n'ya a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance legislative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire; car le juge seroit législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un opresseur" (*L'Ésprit des Lois*, Garnier Fréres, Libraires-Éditeurs, Paris, 1869, avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc., Livro XI, cap. IV, p. 142).

o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares".[4]

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados "freios e contrapesos", mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados "poderes", isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno.

II. Os critérios de distinção das funções do Estado

4. Os critérios até hoje apresentados para caracterizar as sobreditas funções do Estado, em última instância, podem ser reduzidos, fundamentalmente, a apenas dois:

A) um critério "orgânico" ou "subjetivo", que se propõe a identificar a função através de quem a produz e B) um critério "objetivo" que toma em conta a atividade, vale dizer, um dado objeto (não um sujeito). Este segundo critério, de seu turno, subdivide-se em dois:

a) um critério (objetivo) *material* ou substancial, que busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela, isto é, que se radiquem em sua própria natural tipologia. Os que defendem tal critério (objetivo) material usualmente afirmam que a atividade característica da função legislativa se tipifica pela expedição de atos gerais e abstratos; a função administrativa por ser "prática", ou então por ser "concreta", ou por visar de modo "direto e imediato" a realização da utilidade pública, e a atividade jurisdicional por consistir na solução de controvérsias jurídicas;

b) um critério (objetivo) *formal*, que se apega essencialmente em características "de direito", portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda, independentemente da similitude material que estas ou aquelas ati-

4. Ob. e loc. cits., p. 143.

vidades possam apresentar entre si. Por este critério, o próprio da função legislativa seria não apenas a generalidade e abstração, pois sua especificidade adviria de possuir o predicado de inovar inicialmente na ordem jurídica, com fundamento tão só na Constituição; o próprio da função administrativa seria, conforme nos parece, a de se desenvolver mediante comandos "infralegais" e excepcionalmente "infraconstitucionais", expedidos na intimidade de uma estrutura hierárquica; o próprio da função jurisdicional seria resolver controvérsias com a força jurídica da definitividade.

5. Analisando estes critérios, nota-se, de logo, que o "orgânico" ou "subjetivo" é muito insatisfatório simplesmente porque inexiste uma correspondência exata entre um dado conjunto orgânico e uma certa função. Há apenas, em cada qual, uma forte predominância da atividade que lhe é típica.

Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou quando promove seus servidores) e que o Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência. Acresce que, para alguns, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, atividade posta a cargo do Legislativo, é exercício de função jurisdicional, irrevisível por outro Poder, de sorte que o referido corpo orgânico, além de atos administrativos, e de par com os que lhe concernem normalmente, também praticaria atos jurisdicionais.[5] Outrossim, conforme opinião de mui-

5. Opinião, ao nosso ver, inaceitável em face do Texto Constitucional brasileiro. De acordo com ele, a teor do art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Sendo, assim, se o Legislativo fundar-se na ocorrência de *algo que não existiu* para dar como incursa em crime de responsabilidade a autoridade por ele processada e "julgada", cabe recurso ao Poder Judiciário para anular decisão que, dessarte, lhe haja provocado lesão de direito. Se o Legislativo "condenar" a autoridade, por crime de responsabilidade, imputando-lhe comportamento que efetivamente existiu mas que *não reproduz qualquer das figuras constitucional e legalmente qualificadas como tal*, terá havido lesão de direito e, pois, será cabível recurso ao Poder Judiciário. Finalmente, se o Legislativo não obedecer a tramitação processual constitucional e legalmente prevista terá havido violação do devido processo legal; logo, violação de direito da autoridade submetida a processo e "julgamento" e, consequentemente, possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para que fulmine a ilegalidade. Como se vê, nas distintas situações figuradas, a atuação do Legislativo, ao contrário do que é próprio do Judiciário, não produz coisa julgada,

tos, o Judiciário exerceria atos de natureza legislativa, quais, os seus regimentos internos,[6] pois neles se reproduziriam as mesmas características das leis: generalidade e abstração assim como o atributo de inovarem inicialmente na ordem jurídica, ou seja, de inaugurarem direitos e deveres fundados unicamente na Constituição, tal como ocorre com as leis. De seu turno, o Poder Executivo expede regulamentos, atos que materialmente são similares às leis e, na Europa, muitos destes regulamentos inovam inicialmente na ordem jurídica, tal como o fazem as leis. É certo, ainda, que o Executivo também decide controvérsias. É o que faz, *e.g.*, nos processos que tramitem perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) destinados a apurar e reprimir os comportamentos empresariais incursos em "abuso de poder econômico" ou nos processos de questionamento tributário submetidos aos chamados "Conselhos de Contribuintes". É verdade que tais decisões só são definitivas para ela própria Administração, imutabilidade esta que alguns denominam de "coisa julgada administrativa" (v. cap. VII, ns. 136 e ss.).

6. Eis, pois, que, de acordo com tais formulações, tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais: de modo normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e, em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares como ocorre no processo de *impeachment*), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder. À vista disto, jamais se poderia depreender, com segurança, se uma atividade é legislativa, administrativa ou jurisdicional pelo só fato de provir do corpo Legislativo, Executivo ou Judiciário, fato que compromete irremissivelmente o critério orgânico.

7. De outra parte, também não se poderia sufragar o critério objetivo material, pois, em Direito, uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe atribuiu, ou seja, pelo regime

podendo ser por ele revista. O que o Judiciário obviamente não pode reexaminar é o "mérito" da decisão. Agustín Gordillo caracteriza a destituição por crime de responsabilidade como "um ato eminentemente administrativo" de afastamento de um funcionário (*Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., vol. I, 1998, p. IX-18).

6. A teor do art. 96, I, "a", da Constituição Federal, de acordo com cujos termos compete privativamente aos tribunais: "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto.[7]

8. Ademais, os qualificativos utilizados pelos que buscam identificar as funções pela essência delas certamente não seriam, ao menos em relação a atos da função administrativa, capazes de aclarar a identificação a que se propõem. Com efeito, um regulamento, conquanto seja ato administrativo, não é atividade prática, do mesmo modo que não é atividade concreta, nem preposta a alcance direto e imediato da utilidade pública, pois, a se lhe atribuírem tais qualificativos, ter-se-ia igualmente que irrogá-los às leis. Acresce que os referidos atributos, com o sentido que se lhes quer emprestar, também não seriam predicáveis das decisões administrativas nos processos em que a Administração "materialmente" soluciona situações contenciosas, como as já mencionadas. Dessarte, atos que de modo pacífico se reconhecem como administrativos, ou seja, expressivos de tal função, ficariam à margem dela se adotado o critério objetivo material.

9. Deveras, o critério adequado para identificar as funções do Estado é o critério formal, ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual.[8]

Assim, função *legislativa* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que

7. Deveras, quando a lei ou o próprio jurista formulam um conceito qualquer, não podem ter outro interesse senão o de isolar algo que está sujeito a um dado conjunto de disposições e de princípios distintos daqueles que regem outro objeto. Assim, o que se está a procurar não é uma realidade substancial, mas um termo de imputação de efeitos jurídicos. Isto ocorre porque a identidade jurídica de um dado objeto resulta da qualificação que o Direito lhe irroga e não de atributos substanciais que possua. Por isto duas realidades substancialmente iguais podem ser regidas de maneira diferente, assim como duas realidades substancialmente diferentes podem estar parificadas sob um mesmo regime.

8. Conquanto Oswaldo Aranha Bandeira de Mello não professe um critério formal para a separação das funções estatais, o fato é que, ao analisar o que chamou "das distintas atividades do Estado" registra que o valor formal da lei é o de se impor com superioridade a todas as autoridades estatais e aos componentes do Estado-Sociedade, e sua força jurídica é a de inovar de maneira absoluta, dentro da estrutura constitucional; que o valor formal da sentença é o trânsito em julgado da decisão proferida e, consequentemente, sua força jurídica é a de produzir a coisa julgada; finalmente que o valor formal do ato executivo é a presunção de verdade, podendo ser desde logo exigível, donde, sua força jurídica é a da autotutela, ou seja, possibilidade de autoexecutoriedade e de decretação de nulidade ou revogação dos próprios atos. É dizer: o autor não desdenhou os aspectos formais (*Princípios* ..., cit., vol. cit., pp. 48-49).

inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de "coisa julgada", atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce[9] *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*.

III. A função política ou de governo

10. Inicialmente se disse que havia certos atos que não se alocavam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções do Estado.

Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (*impeachment*) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem atos concretos.

Outrossim, não se afeiçoam à função executiva nem de um ponto de vista material, isto é, baseado na índole de tais atos, nem de um ponto de vista formal.

Dela diferem sob o ponto de vista material, porque é fácil perceber-se que a função administrativa, ao contrário dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais,

9. Normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e, atipicamente, por órgãos de outros Poderes.

bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal preexistente. *In casu*, diversamente, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente *políticas*. Diferem igualmente da função administrativa do ponto de vista formal, que é o que interessa, por não estarem em pauta comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade.

Tais atos, ao nosso ver, integram uma função que se poderia apropriadamente chamar de "função política" ou de "governo", desde que se tenha a cautela de dissociar completamente tal nomenclatura das consequências que, na Europa, se atribuem aos atos dessarte designados. É que, em vários países europeus, sustenta-se que os atos políticos ou de governo são infensos a controle jurisdicional, entendimento este verdadeiramente inaceitável e que, como bem observou o eminente Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é incompatível com o Estado de Direito, constituindo-se em lamentável resquício do absolutismo monárquico.[10]

IV. O Direito Administrativo

11. Feitas estas considerações fica esclarecido o conteúdo da afirmação inicial de que *o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem.*

Se, na conformidade do exposto, o Direito Administrativo coincide com o conjunto de normas (princípios e regras) que têm o sobredito objeto, ter-se-ia de concluir, logicamente, que a "Ciência do Direito Administrativo" consideraria como pertinente à sua esfera temática a integralidade de tudo o que estivesse compreendido na função administrativa. Sem embargo, não é isto que ocorre.

Certas parcelas do campo recoberto pela função administrativa, isto é, certos capítulos do Direito Administrativo são excluídos de sua órbita de estudos e tratados em apartado, *como ramos do Direito* – caso do "Direito Tributário", do "Direito Financeiro", do "Direito Previdenciário" – *conquanto se constituam em unidades temáticas tão sujeitas ao regime jurídico administrativo como quaisquer*

10. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., vol. I, pp. 61 a 63.

outras.[11] Consequentemente, os cursos, os manuais, os tratados de Direito Administrativo, não consideram como matéria enquadrável em seu âmbito de cogitações estes capítulos que serão objeto, isto sim, da "Ciência"[12] do Direito Tributário, do Direito Financeiro, do Direito Previdenciário e dos respectivos cursos, manuais etc.

Isto significa que, em termos práticos, o Direito Administrativo sofre uma amputação em seu âmbito real.[13]

V. Origem do Direito Administrativo

12. O que hoje conhecemos por "Direito Administrativo" nasceu na França. Mais que por leis que regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão – Conselho de Estado – encarregado

11. Não se imagine que esta ausência de superposição entre o que foi apontado como sendo o Direito Administrativo e aquilo que efetivamente é tomado como objeto de seu estudo ocorre por haver-se elegido como referencial de sua conceituação a ideia de função administrativa, que seria excessivamente ampla em relação ao objeto perquirido. Não. Idêntico fenômeno se dá com quaisquer das definições que se apoiam sobre outros critérios.

12. Isto ocorre primordialmente em razão do crescimento significativo de normas relativas a dados capítulos do Direito Administrativo e a necessidade de aprofundar-lhes o estudo ante a importância que tenham na vida social, tornando compreensível a proclamação de suas independências. É claro que outros fatores, mas de muito menor relevo, também podem concorrer para a maior ou menor afirmação da "autonomia" de certas unidades temáticas. Assim, por exemplo, com o advento de um capitalismo mais agressivamente competitivo, fomentador de novos negócios e oportunidades profissionais, compreende-se que a afirmação da autonomia de um dado segmento jurídico propicia a edição de livros, insufla a criação de disciplinas nas faculdades, quando não até a criação nelas de departamentos com sua coorte de professores (como de "direitos difusos", por exemplo), de cursos de especialização, de seminários etc. Dessarte, o surgimento de "ramos autônomos" instaura novos mercados, conquista consumidores, atrai uma clientela seduzida por "novidades", insinua uma "atualização" e abre espaço para profissionais que permaneceriam completamente obscuros enquanto alocados na esfera de uma ciência mais ampla e que se projetam na qualidade de "especialistas" de algum novo ramo, cuja autonomia, então, defendem com muita energia.

13. Não, porém, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ante seu original posicionamento na matéria. Sustenta ele que o Direito Administrativo é de caráter adjetivo. Pertence-lhe, então, a *ação de execução* das normas administrativas e (nos termos de sua visão dual das funções do Estado) *a ação de legislar*, não, porém, o conteúdo delas, isto é, suas matérias, as quais pertencerão aos mais diferentes ramos, como o Tributário, o Econômico, o Sanitário, e assim por diante (ob. cit., vol. cit., pp. 66 a 70).

de dirimir as contendas que surgissem entre estas duas partes. Tal órgão, diga-se de passagem, é alheio ao Poder Judiciário. Estava e está integrado no próprio Poder Executivo, a despeito de ter natureza jurisdicional, isto é, de decidir com força de coisa julgada.

A origem do Direito Administrativo e do órgão referido advém de eventos que assim se podem resumir. Sobrevindo a Revolução Francesa, como o período histórico precedente era o da Monarquia Absoluta, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Daí que era preciso aplicar um Direito "novo", ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas do Direito até então existente disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica. Tais vínculos, consoante se entendia, demandavam uma disciplina específica, animada por outros princípios, que teriam que se traduzir em normas que viriam a ser qualificadas como "exorbitantes" – porque exorbitavam dos quadros do Direito até então conhecido, o "Direito Comum". Foi o referido Conselho de Estado – instituído pelo art. 52 da Constituição de 22 Frimário do Ano VIII,[14] isto é, de 15 de dezembro de 1799 – que, com suas decisões, forjou estes princípios e as concepções que se converteram no que se chama "Direito Administrativo".[15]

14. As leis da época assim se identificam. Estão reportadas ao "calendário republicano", instaurado pela Revolução Francesa em 24.11.1793, mas cujo Ano I foi contado a partir da meia-noite de 22.9.1792 (data oficial da proclamação da República e de uma nova Constituição). De acordo com este calendário, o ano era dividido em 12 meses iguais de 30 dias cada. Denominam-se: Vendemiário (mês da vindima, de 22 de setembro a 21 de outubro), Brumário (mês das brumas, de 22 de outubro a 20 de novembro), Frimário (mês do gelo, de 21 de novembro a 20 de dezembro), Nivoso (mês das neves, de 21 de dezembro a 19 de janeiro), Pluvioso (mês das chuvas, de 20 de janeiro a 18 de fevereiro), Ventoso (mês dos ventos, de 19 de fevereiro a 20 de março), Germinal (mês da semeadura, de 21 de março a 19 de abril), Floreal (mês da floração, de 20 de abril a 19 de maio), Prairial (mês das pradarias, de 20 de maio a 18 de junho), Messidor (mês das colheitas, de 19 de junho a 18 de julho), Termidor (mês do calor, de 19 de julho a 17 de agosto) e Frutidor (mês dos frutos, de 18 de agosto a 16 de setembro). O calendário republicano perdurou por pouco mais de 12 anos. O calendário gregoriano foi restaurado por Napoleão em 31.12.1805, sendo retomado a partir de 1.1.1806, data em que a Revolução Francesa já havia sucumbido há alguns anos, pois findou-se em 18 Brumário do Ano VIII (9.11.1799), com a ascensão de Napoleão ao poder, por meio de um golpe branco.

15. O Conselho de Estado continua mantendo sua importância primordial no Direito Administrativo Francês.

13. A evolução histórica responsável por este encaminhamento que afastou o Poder Judiciário do exame dos atos administrativos e que culminou com a instituição de uma "Jurisdição Administrativa", criadora do Direito Administrativo, advém de que, após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo. Em verdade, esta teorização foi simplesmente uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário (então denominado "Parlamento"), o qual, além de um arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativas e arvorava-se em administrador.

Havendo o receio de que persistisse agindo de tal modo e perturbasse os rumos da Revolução, já em 1790 – ou seja, um ano depois da Revolução –, com a lei de 16-24 de agosto, foi estabelecido que: "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de crime funcional [*forfaiture*[16]] perturbar seja de que maneira for as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções" (Título III, art. 13). Cinco anos depois, ante violações daquela regra, o decreto de 16 Frutidor do Ano III, isto é, 2 de setembro de 1795,[17] dispunha: "Proibições iterativas são feitas aos Tribunais de conhecerem dos atos da Administração, sejam de que espécie forem".[18] Estas disposições, diga-se de passagem, até hoje são consideradas vigentes.

16. "Assim se denomina todo crime cometido por um funcionário no exercício de suas funções" (*Dictionnaire de Droit Public et Administratif – par Alban Le Rat de Magnitot et Huard-Delamare, Avocats à la Cour Royale de Paris*, t. I, Paris, Joubert Libraire-Éditeur, 1836, p. 609, § 2).

17. O que demonstra a procedência dos temores revolucionários em relação ao Poder Judiciário.

18. Entre as obras gerais francesas da atualidade, consultem-se, a respeito destas primeiras proibições, entre outros: André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, *Droit Administratif*, 12ª ed., t. I, 1992, pp. 265-266; Georges Vedel e Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, 12ª ed., vol. I, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 101-102; Jean Rivero e Jean Waline, *Droit Administratif*, Dalloz, 14ª ed., 1992, pp. 119-120; René Chapus, *Droit Administratif Général*, 6ª ed., t. I, Montchrestien, 1992, p. 547; e Charles Debbasch, *Droit Administratif*, 6ª ed., Económica, 2002, pp. 36 e 639-640. Entre os autores brasileiros a notícia mais ampla é dada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., vol. I, p. 122.

Em consequência das normas referidas, *era a própria Administração que, mediante recursos hierárquicos, julgava as contendas propostas contra ela.*[19] Este período, em que os próprios órgãos da Administração ativa julgavam suas contendas com os administrados, ficou conhecido como o sistema do *administrador-juiz*; e, conforme Jacques Chevalier, dura de 1790 até o fim da Revolução Francesa,[20] isto é, até 18 Brumário do ano VIII (9 de novembro de 1799), quando o general Napoleão Bonaparte assume o poder por meio de um golpe branco.

14. Neste mesmo ano foi criado o *Conselho de Estado*, e pouco depois os Conselhos de Prefeitura, estes com atuação em nível local. Sem embargo, o Conselho de Estado era, a essa época, órgão de natureza *consultiva* e, ademais, em matéria *recursal*, isto é: sem poder deliberativo e sem poder conhecer em primeira instância das questões conflituosas, pois os conflitos neste escalão eram resolvidos pelos ministros da pasta correspondente. Além disto, o Conselho de Estado funcionava como instância recursal dos Conselhos de Prefeitura. Do ponto de vista estritamente normativo, o Conselho de Estado simplesmente propunha a decisão a ser tomada pelo Chefe de Estado. Na prática, porém, este limitava-se a acolher a proposta feita, *homologando-a*. Entretanto, como, de direito, podia decidir de modo diverso, o período em questão ficou conhecido como o da "justiça retida" (pois estaria retida em suas mãos a possibilidade de alterar o que fosse decidido pelo Conselho de Estado).

A partir da lei de 24 de maio de 1872[21] veio a ser extinta a necessidade de homologação de suas decisões pelo Chefe de Estado, o

19. As questões surgidas eram decididas, na Administração Central, pelo Conselho de Ministros, presidido pelo Rei; e, uma vez finda a colegialidade ministerial, com a Constituição do ano III (22.8.1795), passam à competência decisória de cada um dos ministros a que a matéria estivesse afeta. Nas esferas locais quem decidia os conflitos eram os Diretórios dos Departamentos (divisão territorial básica do país, instituída pela Revolução pela Lei de 22 de dezembro de 1789-7 de janeiro de 1790) e dos Distritos. Tais Diretórios eram, em cada Departamento, o órgão executivo, de estrutura colegial, eleito pelo Conselho. O Conselho era a assembleia deliberativa eleita pelo povo.

20. "La Dualité de Juridictions en France et à l'Étranger", extrait da la *Revue Française de Droit Administratif, Bicentenaire de la Loi 16-24 août 1790*, Dalloz-Sirey, 1990, p. 36.

21. Cf., a respeito, Laubadère (in André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, 12ª ed., Paris, LGDJ, pp. 265-269) e René Chapus (*Droit Administratif Général*, 6ª ed., t. I, Éditions Montchrestien, 1992, p. 550).

qual, todavia, mantinha o poder de revisá-las, ainda que de fato não o exercesse. Este sistema, que já havia funcionado episodicamente entre 1848 e 1852, ficou conhecido como o da "justiça delegada".

De toda sorte, as competências do Conselho de Estado eram exercidas em caráter recursal. Entendia-se que a competência para decisões em primeira instância ainda era da Administração ativa e assistia aos ministros; daí por que se sustentava que o sistema de administração-juiz ainda persistia, embora restrito a um primeiro grau decisório. Prevalece o entendimento de que isto só se extinguiu por uma decisão do próprio Conselho de Estado, no aresto "Cadot", exarado em 13 de dezembro de 1889.[22]

Este foi o órgão responsável pela formulação das bases teóricas do Direito Administrativo, as quais se espraiaram pelos países continentais europeus e, por via destes, aos por eles culturalmente influenciados.[23]

22. René Chapus, ob. cit., 6ª ed., t. I, p. 549.

23. Isto ocorreu no Continente europeu e em todos os países que sofreram sua influência cultural. Diversamente, na Inglaterra e em seus afiliados culturais, não houve recepção do chamado "regime administrativo", expressão atribuída à Hauriou, para designar o que se entendeu como Direito Administrativo. Houve, na Inglaterra, principalmente por influência de Albert Venn Dicey, em seu famoso *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1ª ed., 1885) uma rejeição absoluta. Este autor, publicista de notável prestígio, afirmava que o Direito Administrativo era absolutamente estranho e incompatível com a *rule of law*, com a Constituição inglesa e com a liberdade constitucional tal como entendida naquele país. Sua visão era a de que o Direito Administrativo, por se compor com tribunais estranhos ao Poder Judiciário, não oferecia garantias aos cidadãos e que seu escopo era o de atribuir privilégios e prerrogativas aos funcionários, ao passo que, na Inglaterra, quaisquer questões se propunham perante as Cortes e que naquele país vigia a *common law*, uma só lei para todos. Tratava-se de uma visão errônea, preconceituosa, mas que alcançou inequívoco sucesso. Mais tarde o autor corrigiu seus excessos ao se informar melhor sobre o Direito francês. Segundo Spyridon Flogaïtis, que em seu *Administrative Law et Droit Administratif* (LGDF, Paris, 1986) no qual dedica todo um capítulo – o Capítulo I – à análise do pensamento do escritor britânico e de suas posteriores alterações, isto viria a ocorrer primeiramente em artigo publicado em 1901, incorporado ao texto da 7ª ed., de 1908, depois de haver aparecido como apêndice na 6ª ed., de 1902. É curioso que, provavelmente inscientes deste precedente histórico, tem havido, por parte de algumas pessoas que escrevem sobre direito administrativo, a reprodução do mesmo preconceito em que, no século retrasado, incidia o grande expoente inglês do liberalismo, antes que fosse devidamente esclarecido. Assim, sustentam que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado – que é, afinal, o fundamento da existência de um regime jurídico administrativo – seria um sinal de "autoritarismo", ou que os contratos administrativos deviam ter o mesmo regime dos contratos de direito privado e outras coisas de semelhante teor, as quais, levadas a seu extremo, em última instância, significariam a adoção do modelo jurídico inglês.

VI. As bases ideológicas do Direito Administrativo

15. Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. Conquanto profundamente equivocada e antitética à razão de existir do Direito Administrativo, esta é a suposição que de algum modo repousa na mente das pessoas.

Entre nós, infelizmente, é reforçada, mesmo sem este intento, por algumas formulações doutrinárias que arrolam "poderes" *da Ad-*

O fato, todavia, é que tanto na Inglaterra, como nos EEUU, na Austrália, na África do Sul, no Canadá e em quaisquer áreas de influência inglesa, não vingou o sistema continental europeu, embora, não mais se afirme que ditos países não têm Direito Administrativo, até porque o Direito inglês evoluiu. Excelente notícia sobre o Direito Administrativo anglo-americano encontra-se em artigo de James W. Garner, Professor da Universidade de Illinois, publicado ainda em 1929, nas *Mélanges Hauriou*, Sirey, pp. 338 e ss. Igualmente notável sobre o Direito inglês e sobre sua evolução, bem como sobre alguma redução no distanciamento deles ante o Direito continental europeu, foi feita pelo eminente Fernando Garrido Falla, em seu *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., vol. I, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 118 a 149. Em todo caso é certo que, deveras, o Direito anglo-americano e o Direito continental europeu são quase incompatíveis.

Há, no Ocidente, duas famílias jurídicas visceralmente distintas e que expressam culturas, ao menos nesta área, animadas por um espírito muito diferente. A do Continente europeu, formada sob a influência do Direito Romano justinianeu, do *Corpus Juris Civilis*, no qual se afirma uma preocupação sistemática e dedutiva, a ser extraída de um Direito escrito, formalmente legislado. Outra, a do Direito inglês, avessa a esquemas rígidos, baseada nos costumes, entendidos como a *law of the land*, na *equity*; nas decisões judiciais, na força dos *precedents*, e onde, por isto mesmo, vigora o *case law*. Daí seu estudo acadêmico basear-se, muito compreensivelmente, no *case method*. É o sistema da chamada *common law*, o qual expressa com fidelidade o "espírito tradicionalmente individualista e libertário que desde todos os tempos havia caracterizado os povos germânicos (...)" – como bem o disse Rolando Pantoja Bauzá (aliás, em rigor, os bárbaros em geral), no curso da admirável síntese que em obra bem mais recente faz da oposição entre os dois sistemas (*El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Editora Jurídica de Chile, 1994, pp. 21 e ss.).

É claro que nos países do sistema continental europeu, não havendo o *case law*, inexiste o mesmo apego pelos *precedents*. No Brasil, por exemplo, onde o Direito Administrativo não teve origem pretoriana e no qual o Judiciário é que segue as lições da doutrina – e não o inverso – não faria sentido o estudo do Direito a partir do *case method*, pois não levaria a ensinar praticamente nada de útil. É que o obtido por tal meio não ambientaria o estudante com o espírito e a mentalidade do Direito que teria de penetrar, nem o instrumentaria com o conhecimento legislativo, com as técnicas de seu manejo e com o hábito dedutivo que teria de cultivar. Adotá-lo, então, seria simplesmente deslocado, algo grotesco, uma cópia ingênua e caricata, mero "macaquear" (com perdão da expressão prosaica) os norte-americanos, arremedo servil de um outro mundo, de um outro sistema e de uma outra visão do Direito.

ministração, quais, "poder regulamentar", "poder normativo", "poder discricionário", "poder hierárquico" ou quejandos, contribuindo, dessarte, para que o Direito Administrativo seja visto como um ramo do direito aglutinador de "poderes" desfrutáveis pelo Estado *em sua feição administrativa*, ao invés de ser considerado como efetivamente é, ou seja, como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.

16. Talvez a razão primordial desta forma errônea de encarar o Direito Administrativo resida no fato de que este, ao surgir, foi encarado como um direito "excepcional", que discrepava do "direito comum", isto é, do direito privado, o qual, até então, era, com ressalva apenas do Direito Penal, o único que se conhecia. Com efeito, o Direito Administrativo tal como foi sendo elaborado, pressupunha a existência, em prol do Estado, de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares, as quais, então, foram nominadas de "exorbitantes", isto é, que exorbitavam dos direitos e faculdades que se reconheciam aos particulares em suas recíprocas relações.

Demais disto, os que se ocuparam do Direito Administrativo na França, país onde nasceu este ramo do Direito, buscavam encontrar um "critério", ou seja, uma ideia básica, central, a partir da qual fosse possível reconhecer quando se deveria considerar presente uma situação a ser regida pelo Direito Administrativo, isto é, situação que despertasse a aplicação dos princípios e regras pertinentes a este nascente ramo do Direito, e, pois, que em situações conflituosas fosse da alçada do Conselho de Estado, e não da Justiça comum. Pois bem, a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e polo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados. Compreende-se, então, à vista das razões enunciadas, que houvesse irrompido a impressão de que o Direito Administrativo seria um direito armado ao propósito de investir o Estado, os detentores do Poder, na posse de um instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados.

17. Surgiria, ao depois, com Léon Duguit, uma linha de pensamento quase que inversa, pretendendo substituir a *puissance publique*, até então havida como noção matriz e polo aglutinador dos institutos de Direito Administrativo, pelo conceito de "serviço público",

proposto como pedra angular deste ramo jurídico. Para Duguit e seus discípulos a noção-chave, a ideia central do Direito Administrativo, verdadeiramente capaz de explicar as peculiaridades de seus institutos e justificar sua aplicação, seria a noção de "serviço público", isto é, de serviços prestados à coletividade pelo Estado, por serem indispensáveis à coexistência social. Chegou, mesmo, o ilustre autor a afirmar que o Estado não é senão um conjunto de serviços públicos. E aduzia: "nisto se resume minha teoria de Estado".

Veja-se que esta abordagem contende a ideia de que o "poder" seja o núcleo aglutinante do Direito Administrativo; rejeita a adoção de uma perspectiva autoritária, que assenta a base deste ramo jurídico sobre uma força oriunda do alto e imposta aos administrados, como que hierarquicamente. De revés, propõe uma visão supeditada na convicção de que o Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender a necessidades gerais, sendo elas – e só elas – as justificativas para o exercício da autoridade.

Cyr Cambier observa, com inteira propriedade, que tal concepção "conduz a fazer do poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordinatio*)".[24] É natural que, centrando-se no dever de servir, e não no poder de impor, suscita, com maior espontaneidade e coerência, todos os temas ligados ao controle do poder, às limitações à autoridade, à fiscalização dos atos da Administração.

Embora Duguit tivesse uma visão sociologística do Direito, transparente no conceito que formula de *serviço público* ou nas noções que propõe sobre o que é a *regra de Direito*,[25] é desnecessário

24. *Droit Administratif*, Bruxelas, Ed. Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 228.

25. Para Duguit *serviço público* "é toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assumida senão pela intervenção da força governante" (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., vol. II, Fontemoing, 1923, p. 55). Segundo sua concepção, o Direito não é uma criação do Estado; impõe-se a ele como se impõe aos indivíduos (ob. e vol. cits., p. 33). A regra de Direito é a resultante objetiva de uma situação social determinada, em dado momento histórico. Ela "torna-se jurídica quando na consciência da massa dos indivíduos componentes de um dado grupo social penetrou a noção de que o próprio grupo ou os que nele detêm a maior força podem intervir para reprimir as violações desta regra. Dito de outra forma, há regra de Direito quando a massa dos indivíduos que compõem o grupo compreende e admite que uma reação contra os violadores da regra pode ser socialmente organizada" (p. 36).

coincidir com tal perspectiva para apreciar os méritos e a rentabilidade teórica desta inversão que ele faz no eixo metodológico do Direito Administrativo.

18. Seria de esperar, inclusive, que a partir deste Mestre houvessem ganho muito maior tomo estudos teóricos que se propusessem a demonstrar que não é o "poder" que serve como razão explicativa dos institutos de Direito Administrativo, pois as ideias de *dever*, de *função*, é que cumprem com exatidão este papel no Estado de Direito.

Sem embargo, até hoje os doutrinadores parecem deixar-se seduzir pelo vezo de explicar institutos de Direito Administrativo sedimentando-os em remissões a "poder" ou "poderes" da Administração. É o que, no Brasil, ainda fazem ilustres e competentes administrativistas. Este tipo de organização metodológica das matérias do Direito Administrativo, em última análise, favorece, embora indesejadamente, realçar e enfatizar uma concepção autoritária do Direito Administrativo, projetando luz sobre os tópicos exaltadores do "poder" e deitando sombra sobre os concernentes aos "deveres" a que está subjugada a Administração, e que têm cunho mais importante para a boa compreensão da índole do Direito Administrativo no Estado de Direito. Ou seja: a própria maneira de apresentar o Direito Administrativo concorre para engendrar uma apreensão de seu conteúdo mais vincada pela ideia de "poderes", que comandam os administrados, ao invés de sublinhar os "deveres", que se impõem aos administradores.

Assim, há riscos, maiores do que à primeira vista se pode perceber, na simples aglutinação temática dos objetos versados pelo Direito Administrativo. Disto podem advir distorções, pois, ao serem sublinhados os aspectos expressivos de autoridade, é possível supor-se que os atos administrativos são, acima de tudo, atos expressivos de poder. Em rigor, todavia, os atos de quem gere negócio de terceiro, ou seja, os expedidos por quem apenas representa o titular do Poder – que é o povo, segundo a dicção do art. 1º, § 1º, do texto constitucional –, são, acima de tudo, atos que manifestam e que cumprem deveres: os deveres de implementar a finalidade legal que os justifica.

19. Onde, então, o lugar para o Poder no moderno Direito Público? O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal.

Assim, esta impressão generalizada que enaltece a ideia de Poder, entretanto, e ainda que desgraçadamente até hoje seja com frequência abonada nas interpretações dos diversos tópicos do Direito Administrativo, nas quais se trai claramente um viés autoritário, é surpreendentemente falsa, basicamente desencontrada com a História e com a própria razão de ser do Direito Administrativo. É fácil demonstrá-lo.

20. O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos –, vigoravam ideias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todos conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*: "o que agrada ao príncipe tem vigor de lei". Ou, ainda: "o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; ou, mesmo: "o rei não pode errar".

O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente – o do Estado de Polícia –, justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados – não mais súditos.

Em suma: o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se fletir aos interesses

do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.*

21. Deveras, as bases ideológicas do Direito Administrativo são as que resultam das fontes inspiradoras do Estado de Direito, e neste se estampa a confluência de duas vertentes de pensamento: a de Rousseau e a de Montesquieu.[26]

A de Rousseau, firmando o princípio da igualdade de todos os homens, e como decorrência disso a soberania popular. Ninguém ignora que Rousseau assentava toda sua visão do Estado no princípio de que todos os homens são iguais e nascem livres. Assim, em tese, ninguém teria direito de comandar ninguém: era preciso que cada homem cedesse uma parte de sua liberdade, a fim de poder existir um Poder comandante para a boa organização da vida social. Com isto tem-se uma radical transformação no pensamento que anteriormente prevalecia, pois o Poder não era havido como residente no povo, nos vários membros da coletividade, mas reputado de origem divina ou como resultado de um mero fato. Explicava-se por uma predestinação ou pura e simplesmente pela supremacia da força. Não se reconhecia que a origem do Poder social advinha dos vários membros da sociedade.

Claro está que a concepção política de Rousseau implicava admitir que todos os homens deveriam estar no Poder, por serem seus verdadeiros titulares, visto que eram senhores, cada qual, de sua liberdade. Apenas ante a consciência de que não podiam estar todos, simultaneamente, no exercício do Poder (por mera impossibilidade fática), compunha-se uma fórmula substitutiva – se assim cabe dizer – do que seria o projeto ideal. Esta fórmula iria residir na *representação* (ideia que, todavia, Rousseau abominava, como se sabe[27]).

26. Afonso Rodrigues Queiró, invocando lições de Scheuner, averbou: "Aquilo que o Estado de Direito é, forçosamente, é Montesquieu e Rousseau (...)" (in *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1940, p. 8 e nota de rodapé 2).

27. Para Rousseau: "A soberania não pode ser representada pela mesma razão pela qual não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral não se representa: ou é ela mesma ou é outra; não há meio-termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles não são senão seus comissários; eles nada podem concluir definitivamente. Toda lei que não foi

Então, em face deste modelo, os homens que governam assumem o Poder na condição de representantes escolhidos pelos demais. É a democracia representativa, forma indireta de realizar este utópico ideal da democracia direta propriamente dita.

Ao lado do pensamento de Rousseau, o de Montesquieu – mais pragmático, mais técnico – advinha, segundo o proclamou, da análise do sistema inglês, circunstância, aliás, sempre negada pelos ingleses. Afirmava Montesquieu, como dantes se anotou, que todo aquele que detém Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites. Aceitas tais premissas, realmente só haveria uma resposta para o desafio de tentar controlar o Poder. Deveras, se o Poder vai até onde encontra limites, se o Poder é que se impõe, o único que pode deter o Poder é o próprio Poder. Logo, cumpre fracioná-lo, para que suas parcelas se contenham reciprocamente. Daí sua conclusão: cumpre que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; cumpre que aquele que julga não faça as leis nem as execute; cumpre que aquele que executa nem faça as leis, nem julgue. E assim se afirma a ideia da tripartição do exercício do Poder.

22. Dessarte, o Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder.[28]

Ninguém ignora que o Estado de Direito é um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens. Se se pensa em um movimento histórico fundamental para as concepções vigentes a respeito de Estado no mundo civilizado, facilmente pensar-se-á na Revolução Francesa. E ela se apoia na ideia de igualdade. Não é difícil perceber que a

ratificada pelo povo em pessoa é nula: não é uma lei" (*Du Contrat Social*, ed. Garnier-Flammarion, 1966, Livro III, Capítulo XV, p. 134).

28. Aliás, o texto constitucional brasileiro consagra de modo explícito estes propósitos. Efetivamente, diz o art. 1º, parágrafo único: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". E diz o art. 5º, § 1º, que "todos são iguais perante a lei (...)". Neles, há princípios cardeais do pensamento de Rousseau, igualmente traduzido no sistema da democracia representativa. De outra parte, o art. 2º do texto constitucional diz que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Encampa-se, assim, a proposta de Montesquieu. De conseguinte, o texto constitucional brasileiro, do modo mais expresso possível, sagra essas concepções políticas, que se juridicizaram no Estado de Direito.

supremacia da lei, tão cara à Revolução Francesa, tem sua raiz no princípio da igualdade. Há supremacia da lei porque resulta da formulação da vontade geral, através dos seus representantes, e porque a lei propõe-se a ser geral e abstrata, precisamente para que todos os homens sejam tratados sem casuísmos, embargando-se, dessarte, perseguições e favoritismos.

De resto, a história política da humanidade é a história da luta dos membros da coletividade contra os detentores do Poder. Ao se perpassarem as várias conquistas políticas do corpo social e os momentos culminantes, pinaculares, do Direito Público, o que se vai encontrar é exata e precisamente a instauração progressiva de garantias do indivíduo contra aqueles que exercem o Poder.

Até um certo ponto da História havia a nítida e correta impressão de que os homens eram esmagados pelos detentores do Poder político. A partir de um certo instante começou-se a perceber que eram vergados, sacrificados ou espoliados não apenas pelos detentores do Poder político, mas também pelos que o manejavam: os detentores do Poder econômico. Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) e Estado-Providência. O arrolamento de direitos sociais aparece pela primeira vez na história constitucional na Constituição Mexicana de 1917, vindo depois a encontrar-se estampado também na Constituição de Weimar, de 1919. O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário,[29] que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade até o advento do período governamental iniciado em 2002 – pois, deste ano até 2010 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva), houve uma profunda transformação econômica, por força da qual cerca de 30 milhões de brasileiros passaram das classes D e E para as classes C e B, assim como ocorreu uma redução na desigualdade entre Nordeste e Sul do país, conforme registros anunciados, presumivelmente a contragosto, até mesmo pela Grande Imprensa, notória e encarniçadamente hostil ao citado Governo, pelo qual parece nutrir verdadeiro ódio classista.[30]

29. Como bem o atestam, exemplar e exemplificativamente, seus arts. 1º, III e IV, 3º, I, III e IV, 7º, II e IV, 170, *caput*, e incisos III, VII e VIII, 184, 186, IV, 191, 193 e 194.

30. Tais resultados tiveram, e terão, efeitos socioeconômicos de grande monta, que ultrapassam uma significação restrita aos imediatamente beneficiados pela ascen-

Aliás, a grande imprensa é não apenas o arauto do pensamento das classes dominantes, mas também o instrumento de que elas se valem para domesticação do pensamento das classes dominadas.

23. É verdade que nos recentes últimos anos o Estado Social de Direito passou, em todo o mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados. Pretenderam elas reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada país quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não abertamente confessado "darwinismo" social e político.[31] Este movimento estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária denominada "globalização",[32] que

são. É que, de um ponto de vista estritamente econômico, fazendo-se, pois, abstração de quaisquer sentimentos de solidariedade humana (?!), quem não faz parte do mercado é literalmente irrelevante; logo, para importantes segmentos sociais (pelo relevante poder que possuem na vida política do País), é absolutamente indiferente se os que se encontram sediados neste patamar de exclusão morrem de fome ou se vivem com fome. Entretanto, a partir do momento em que ingressam no mercado, como ocorreu com os mencionados 30 milhões, adquirem, para aqueles mesmos segmentos, importância suficiente para que sua evolução seja desejada, pois, se ganharem mais, consumirão mais, em proveito óbvio dos agentes econômicos em geral. Este efeito transformador põe em realce o fato de que o período governamental compreendido entre 2002 e 2010 foi, sob todos os aspectos, o mais fecundo da história do País.

31. Naturalmente, a sede mental e operacional de tal empreendimento foram os países cêntricos, notadamente o mais poderoso deles, vale dizer, os Estados Unidos da América do Norte, atuando sobretudo por via dos organismos financeiros internacionais, com destaque para o Fundo Monetário Internacional. Não é possível encontrar melhor identificação e resumo desta hipertrofia dos interesses econômicos do que a residente nos seguintes comentários do filósofo Leonardo Boff: "a economia se desgarrou da sociedade. Desinserida e desvinculada de qualquer controle social, estatal e humano ela ganhou livre curso. Funciona obedecendo a sua própria lógica que é maximizar os ganhos, minimalizar os investimentos e encurtar ao máximo os prazos. E isso em escala mundial e sem qualquer cuidado ecológico. Tudo vira um grande Big Mac, tudo é colocado na banca do mercado: saúde, cultura, órgãos, religião. É sinal da 'corrupção geral e da venalidade universal' como dizia Marx em 1847 (*Miséria da Filosofia*). É 'a grande transformação', como a caracteriza Polanyi, nunca antes havida.

"O efeito mais desastroso desta transformação consiste em reduzir o ser humano a um mero produtor e a um simples consumidor. O resto são zeros econômicos desprezíveis: pessoas, classes, regiões e inteiras nações. O trabalho morto (máquinas, aparelhos, robôs) suplanta o trabalho vivo (os trabalhadores). Tudo é reduzido a mercados a serem conquistados para poder acumular de forma ilimitada. O motor que preside esta lógica é a competição a mais feroz possível. Só o forte subsiste, o fraco não resiste, desiste e inexiste" (Leonardo Boff, in *Agência Carta Maior*, 6.1.2006).

32. Por meio dela, fantasiadas de análises político-econômicas, foram vendidas, com os mais sofisticados ingredientes de *merchandising*, as "palavras de ordem":

preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado "neoliberalismo".[33] É bem de ver, todavia, que tal mo-

"reforma do Estado", para reduzir-lhe a atuação a um mínimo; "privatização", para passar a mãos privadas a titularidade ou meramente a prestação de serviços públicos; "flexibilização" da legislação protetora dos economicamente hipossuficientes e irrestrita abertura dos mercados dos países subdesenvolvidos, para que não houvesse peias algumas tanto à ocupação de seus mercados pelos países cêntricos quanto ao fluxo do capital especulativo internacional.

Tal campanha foi ensejada por uma oportunidade histórica que os interessados não deixaram passar, a saber: com a implosão da União Soviética, deixou de existir a bipolaridade mundial, que, além de concorrer para minorar descomedimentos políticos de cada um dos blocos, cumpria outra função fundamental: a de bloquear a desenfreada expansão das aspirações de quaisquer dos lados. É que o confronto de ideias provindas dos dois centros produtores de ideologias antagônicas tanto gerava uma área de fricção, de per si desgastadora de seus extremismos, como, e sobretudo, produzia um natural convite à crítica de ambas, concorrendo para a busca da síntese resultante de tal dialética.

Uma vez livres de qualquer contestação ou contenção, e exorcizado o receio de que os órfãos das benesses do desenvolvimento capitalista pudessem ser um fator inquietante do equilíbrio mundial, as forças nele dominantes puderam exibir sua face oculta e, sem qualquer contraponto ideológico, propagar tudo que lhes convinha, seja para debilitar as conquistas sociais em todo o mundo, seja para que lhes fossem irrestritamente franqueados os mercados dos países subdesenvolvidos, dos quais, inclusive, no campo dos serviços públicos, expulsaram os Estados nacionais, que até então preenchiam tal espaço e o tinham como reservado.

33. Evidentemente, as pessoas acostumadas profissionalmente ao exercício mental não tiveram dificuldade alguma em perceber que não havia relação alguma entre o desenvolvimento tecnológico, que se dizia ser inexoravelmente responsável pela "globalização", e as providências político-econômicas que em nome dela eram propagadas como inevitáveis. Com efeito, o fato de ter havido notável progresso no campo da Informática e das Telecomunicações, que facilitou a rapidez dos contactos entre as pessoas e Estados – e que foi, na verdade, a transformação significativa recente –, não predicava logicamente nem a redução do papel do Estado na vida econômica e social, nem a franquia dos mercados para os grandes grupos econômicos, nem a liberação deles para a especulação da finança internacional. Entre uma coisa e outra não há nexo algum de compulsoriedade lógica ou social ou política, ou econômica ou jurídica. Tais eventos nada mais são que o fruto de decisões governamentais tomadas em função de uma insistente, repetitiva e avassaladora divulgação de propostas político-econômicas inseminadas sobretudo entre os países subdesenvolvidos, que as acolheram como lições ditadas pelos mais capazes e experientes. É curioso notar que o empresariado de tais países, ao se manifestar pressurosamente como um adepto entusiasta das preconizadas – e afinal efetivadas – "aberturas de mercado", praticava um espetacular suicídio coletivo. Com efeito, é meridianamente óbvio que empresas de economias incipientes, ao menos se comparadas com a dos países cêntricos, por terem limitada capacidade de inversão, recursos tecnológicos menores e agravadas, em muitos casos, por juros espetaculares, não teriam a mais remota possibilidade de competir com êxito, a menos que a tal abertura fosse seletiva e efetuada com grande prudência. Sem embargo, este mesmo empresariado, na América Latina,

vimento não passa, na História, de um simples "soluço", e já começa a se despedir.[34]

VII. O regime jurídico-administrativo

24. Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito.

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.

A farta e excelente bibliografia internacional de Direito Administrativo não tem, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo, isto é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo.

Quer-se com isto dizer que, embora seja questão assente entre todos os doutrinadores a existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o Direito Administrativo, urge incrementar estudos tendentes a determinar, de modo orgânico, quais são abstratamente os princípios básicos que o conformam, como se relacionam entre si e quais os subprincípios que deles derivam.

hoje combalido e trôpego, apoiou de todos os modos aqueles políticos que representavam, com invulgar eficiência, as teses de seus verdugos (e verdugos de suas populações): Carlos Menem, na Argentina – a qual serve como exemplo modelar do "sucesso" das teses do Fundo Monetário Internacional –, Alberto Fujimori, no Peru, e Fernando Henrique Cardoso, no Brasil, os três que reformaram as respectivas Constituições para se reelegerem e cujas atuações deixaram seus países no estado miserável em que ficaram após suas desastrosas passagens.

34. Isto se deve, de um lado, às agudas manifestações censórias que passou a receber, ante o cortejo de misérias que vem semeando por todo o mundo, e, de outro lado, possivelmente, ao fato principal de que seus objetivos, a esta altura, se encontram quase inteiramente alcançados. Deveras, já está efetivada, em larga medida, a substituição interna do empresariado dos países emergentes pelos grandes grupos econômicos internacionais. Assim também, já ocorreu uma amplíssima captação dos mercados destes países e, inclusive, sua ampliação para tais fins, graças à inclusão neles dos serviços públicos, dantes cativos em mãos dos respectivos governos que daí foram expulsos, ficando, pois, liberados para serem apropriados pelos grupos econômicos internacionais.

Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: "Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". Eis porque: "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".[35]

25. Assentados, pois, na firme convicção sobre a importância dos princípios, pretende-se que é instrumento útil para evolução metodológica do trato do Direito Administrativo considerar o regime administrativo enquanto categoria jurídica básica, isto é, tomado em si mesmo, ao invés de considerá-lo apenas implicitamente, como de hábito se faz, ao tratá-lo em suas expressões específicas consubstan-

35. "Criação de secretarias municipais", *RDP* 15/284-286, 1971. Anote-se que, esta é uma das possíveis acepções da palavra *princípio*. É a mais tradicional delas, ou seja, aquela que vem sendo usada ao longo dos tempos pela doutrina. Sem embargo, como ninguém é dono das palavras, pode-se atribuir este mesmo rótulo a outros objetos mentáveis. O eminente Genaro Carrió, em seu *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, 1970, pp. 34 a 38, arrola onze significados para tal expressão. A partir da década de 70 começou a vulgarizar-se uma acepção de princípio baseada nas formulações de Alexy e Dworkin (que de resto não são idênticas, mas têm grandes pontos de similitude). Ocorre que estes eminentes juristas não expropriaram (até mesmo por impossível) o direito ao uso de tal expressão, de molde a tornar admissível apenas a acepção que lhe emprestam. Então, é possível que algo seja qualificado como princípio, de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes mencionados autores. É óbvio, pois, que seria gravíssimo erro pretender *avaliar* o *objeto* dessarte identificado como princípio, para atribuir-lhe características distintas das que lhe foram irrogadas por quem dele se serviu, valendo-se de critério que estivesse assentado em *outra acepção de princípio*, qual a que lhe conferem Alexy e Dworkin. Isto implicaria falar de "A", supondo-se referido a "B". Quem cometer tal erro em obra teórica – e isto tem ocorrido ultimamente – sobre estar incurso em séria impropriedade, induzirá terceiros incautos a incidirem no mesmo deplorável equívoco.

ciadas e traduzidas nos diferentes institutos. Acredita-se que o progresso do Direito Administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das ideias centrais que o norteiam na atualidade, *assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade*.

O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária.

É oportuno aqui recordar as palavras de Geraldo Ataliba:

"O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.

"A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema."[36]

26. A este sistema, reportado ao direito administrativo, designamos regime jurídico-administrativo.

Feitas estas considerações preliminares, importa indicar quais são, em nosso entender, as "pedras de toque" do regime jurídico-administrativo.

Partindo do universal para o particular, diríamos que o Direito Administrativo, entroncado que está no Direito Público, reproduz, no geral, as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade.

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delineia em função da consagração de dois princípios:

36. Geraldo Ataliba, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 4.

a) *supremacia do interesse público sobre o privado*;

b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.

27. Interessam-nos, aqui, repita-se, estes aspectos, porque pertinentes ao regime público *especificamente* administrativo. Concernem à função estatal, exercitada tanto através do corpo de órgãos não personalizados que compõem a chamada Administração em sentido orgânico – coincidindo *grosso modo* com os órgãos do Poder Executivo – quanto através das pessoas públicas exclusivamente administrativas, designadas na técnica do Direito italiano e brasileiro como "autarquias". Aliás, afetam também, embora às vezes apenas parcialmente, quaisquer entidades da Administração indireta, mesmo quando têm personalidade de Direito Privado.

28. Os dois princípios, referidos acima, são aqui realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como dado fundamental, é a tradução deles no sistema.

Com isto se esclarece inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto – à moda do que Duguit fazia com o serviço público, por exemplo.[37] Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do

37. Para Duguit o valor da noção de serviço público não descansava na acolhida que lhe desse o sistema normativo, mas, pelo contrário, residia em si mesmo e bem por isso tinha que se impor aos legisladores que, "cedo ou tarde", se veriam arrastados ou compelidos ao reconhecimento de que tais ou quais atividades são por si mesmas serviço público, enquanto outras, também por si mesmas, não o são (Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., 1923, t. II, pp. 54 e ss.). Note-se que conceito desta ordem é antes sociológico que jurídico e serve muito bem como fundamento político para o Direito Administrativo, mas não se lhe adapta como *critério*. É elucidativa sua disputa com Jèze a propósito da questão.

Enquanto Duguit pretendia reconhecer o serviço público na própria realidade social, Jèze pretendia localizá-lo na "intenção dos governantes". Isto significa que este último buscava um critério jurídico, deduzível a partir do "regime" atribuído pela lei; é, aliás, o que faz questão de frisar (vide a propósito às pp. 67 e 68 do *Traité* de Duguit, vol. cit., e às pp. 18 e ss. e sobretudo nota de rodapé 35 dos *Principios Generales del Derecho Administrativo*, de Jèze, vol. III, trad. argentina da 3ª ed. francesa, 1949).

Infelizmente, aqui não nos podemos deter neste problema que, em nosso entender, envolve duas questões distintas, a saber: o problema do fundamento conveniente e adequado para o Direito Administrativo e o problema da própria realidade jurídica, serviço público, adotada como critério desta disciplina do Direito. Fica afirmado, entretanto, que preferimos a posição de Jèze.

Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.

Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou.

29. Vai-se, portanto, daqui por diante, procurar examinar, do modo mais sintético possível, em que consiste a tradução jurídica daqueles dois princípios mencionados.

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Em verdade, como bem o disse Garrido Falla, o Direito Administrativo se erige sobre o binômio "prerrogativas da Administração – direitos dos administrados".[38] É o entrosamento destes dois termos que lhe delineia a fisionomia. Sua compostura, pois, irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos.[39]

São os elementos deste binômio que, ao nosso ver, se encontram expressados, respectivamente, no que denominamos "supremacia do interesse público" e "indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração".

38. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, prólogo à 1ª ed., Madri, 1958.

39. No caso brasileiro, a prática administrativa e a própria interpretação doutrinária ou jurisprudencial refletem uma concepção ainda autoritária do Estado e do Direito Administrativo. Nisto contrastam, entretanto e vivamente, quer com a própria razão de ser do Direito Administrativo – que nasce com o Estado de Direito, postulando, pois, uma exegese mais afinada com valores democráticos –, quer com os textos constitucionais brasileiros. Sobretudo após a Lei Magna de 1988 não haverá como emprestar-se às nossas instituições o sentido despótico com que as sucessivas ditaduras (ostensivas ou disfarçadas) conspurcaram os documentos constitucionais, inclusive os forjados sob sua égide, como as Cartas de 1967 e 1969 (dita Emenda 1 à Constituição de 1967).

A ereção de ambos em pedras angulares do Direito Administrativo, parece-nos, desempenha funções explicadora e aglutinadora mais eficientes que as noções de serviço público, *puissance publique*, ou utilidade pública.[40]

40. Os doutrinadores franceses têm-se ocupado sempre em encontrar uma ideia-chave para o Direito Administrativo, isto é, uma noção-matriz, que organize e explique logicamente esta disciplina jurídica, funcionando como critério dela. Pretendem que, à falta de uma ideia capaz de impor um cunho sistemático ao conjunto de regras administrativas, ter-se-ia apenas um aglomerado inconsistente de normas e dificilmente se saberia quando aplicar as regras administrativas.

O primeiro critério adotado e que recebeu o impulso e apoio dos principais autores do século XIX, como Batbie, Aucoc, Ducroq, Laferrière, e mais tarde de Berthélemy, foi do "poder público" ou *puissance publique* e se estribava na distinção entre atos de império e atos de gestão. Entendia concernente ao Direito Administrativo a atividade que o Estado desenvolvia enquanto "poder de comando", isto é, via de autoridade.

Posteriormente esta concepção foi substituída, na simpatia da maioria da doutrina, pela noção de serviço público, teorizada por Duguit e seus adeptos, sobretudo Bonnard, Jèze, Rolland e Laubadère. Em razão da chamada crise do serviço público produzida pela mudança das condições sociais, que acarretaram alterações no modo de proceder do Estado, com reflexos importantes na esfera jurídica, a noção foi-se desprestigiando e surgiram novas orientações.

Assim, Waline pretendeu substituí-la pela noção de utilidade pública e de interesse geral, abandonando, mais tarde, esta pretensão, uma vez que se tratava de critério excessivamente lato e, por conseguinte, de utilidade e aplicação pouco firmes.

Vedel propõe a conjugação da noção de Poder Executivo com *puissance publique* (esta expressão não tem em Português um correspondente exato que reflita com fidelidade o seu sentido; traduzida literalmente significaria Poder Público. Esta é a razão pela qual, já havendo explicado em que consiste, insistimos em usar o vocábulo francês) como notas típicas do regime administrativo. Assim se manifesta Vedel: "Por regime administrativo entendemos as regras essenciais que dominam a atividade administrativa, isto é, os princípios fundamentais do Direito Administrativo". A seguir passa a relacioná-los. Seriam: a separação das autoridades administrativas e judiciárias, a prerrogativa de tomar decisões executórias, o princípio da legalidade e o da responsabilidade do Poder Público (Georges Vedel, *Droit Administratif*, 1958, t. I, pp. 33 e 34).

Ultimamente vem sendo renovado o critério da *puissance publique*, trazendo, agora, um conteúdo de certa forma modificado. Não se refere mais específica e exclusivamente a "atos de autoridade" e "poderes comandantes" como em seu sentido primitivo, mas indica a situação da atividade desempenhada em condições exorbitantes do Direito Privado, de acordo com prerrogativas e limitações inexistentes neste. Daí a introdução da expressão "gestão pública", por alguns preferida. Rivero, discípulo de Berthélemy, propugna a conjunção das noções de *puissance publique*, em sua forma primitiva, e de restrições especiais em razão da legalidade e obrigatoriedade dos atos administrativos. Daí afirmar que "as regras de Direito Administrativo se caracterizam em relação às de Direito Comum seja pela circunstância de conferirem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas que as que submetem os particulares em suas relações entre si" (Rivero, *Droit Administratif*, 2ª ed., Dalloz, p. 32).

30. Examinemos, pois, ambos os princípios e as expressões jurídicas peculiares que assumem, uma vez que tanto aqueles como estas, em suas traduções particularizadas, é que constituem a matéria-prima do jurista, a quem só interessam sistemas de normas e princípios encampados pela ordem jurídica, isto é, enquanto realidades desta província do conhecimento humano.

Isto é: vejamos discriminadamente qual o conteúdo do regime jurídico administrativo. Antes, porém, é necessário esclarecer o que deve ser entendido por interesse público.

VIII. O Direito Administrativo e o interesse público: conceito jurídico de interesse público – O que é direito público subjetivo

31. É sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público. Cabe, portanto, esclarecer o que deve como tal ser entendido.

Ninguém duvida da importância da noção *jurídica* de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito.

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Sobre os vários critérios fundamentais no Direito Administrativo francês, vejam-se, entre outros: Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, LGDJ, 4ª ed., 1976, vol. I, pp. 37 a 51, ns. 45 a 63; Rivero, *Droit Administratif*, pp. 29 a 33, ns. 28 a 32; Buttgenbach, *Les Modes de Géstion des Services Publics en Belgique*, pp. 5 e ss.

32. Deveras, na medida em que se fica com a noção altanto obscura de que transcende os interesses próprios de cada um, sem se aprofundar a compostura deste interesse tão amplo, *acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.*

33. Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precatar-se contra o erro de atribuir-lhe o *status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, *ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é "função" qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.

Uma pista importante para perceber-se que o chamado *interesse público* – em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um – não é senão uma dimensão dos interesses individuais encontra-se formulando a seguinte pergunta:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de *cada um dos membros da sociedade*? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.

34. Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.*

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto par-*

tícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

35. Veja-se: um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado, *mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação*, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor.

É óbvio que cada indivíduo *terá pessoal interesse em que exista dito instituto*, já que, enquanto membro do corpo social, necessitará que sejam liberadas áreas para abertura de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos etc., cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em comercializá-los. Equivalentes observações, como é claro a todas as luzes, obviamente, podem também ser feitas em relação à existência de multas e outras sanções por violação de regras que, também elas, visam a oferecer condições de vida organizadas e satisfatórias ao *bem-estar de cada um*, conquanto ninguém se considerasse individualmente interessado em sofrer tais limitações quando o tolhessem, ou sanções, quando nelas incurso.

36. O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* –, e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente* ***pessoal*** *destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de *interesse do todo* ou *interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais*, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade*.

Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão –, *só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos ***pessoalmente*** *têm quando considerados* ***em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.***

37. Qual a importância destas observações, por via das quais buscou-se firmar que o interesse público é uma faceta dos interesses individuais, *sua faceta coletiva*, e, pois, *que é, também, indiscutivelmente, um interesse dos vários membros do corpo social* – e não apenas o interesse de um todo abstrato, concebido desligadamente dos interesses de cada qual?

Sua extrema importância reside em um duplo aspecto; a saber:

(a) De um lado, enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares (salvo em ação popular ou civil pública) mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado, *pois aniquila o pretenso calço teórico que o arrimaria: a indevida suposição de que os particulares são estranhos a tais interesses*; isto é: o errôneo entendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes diriam respeito, por irrelatos a interesses individuais.

(b) De outro lado, mitigando a falsa desvinculação absoluta entre uns e outros, adverte contra o equívoco ainda pior – e, ademais, frequente entre nós – de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público. Trazendo à balha a circunstância de que tais sujeitos são apenas depositários de um interesse que, na verdade, conforme dantes se averbou, é o "resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade", permite admitir que na pessoa estatal podem se encarnar, também, interesses que não possuam a feição indicada como própria dos interesses públicos.

Aclaremos estes dois tópicos.

Direito subjetivo público

38. Ao lume do conceito de interesse público apontado como o correto, será evidentemente descabido contestar que os indivíduos têm *direito subjetivo* à defesa de interesses consagrados em normas expedidas para a instauração de interesses propriamente públicos, naqueles casos em que *seu descumprimento pelo Estado acarreta ônus ou gravames suportados individualmente por cada qual.* O mesmo dir-se-á em relação às correspondentes hipóteses em que o descumprimento pelo Estado (frequentemente por omissão) de norma de Direito Público desta mesma tipologia não acarreta ônus, mas priva da obtenção de vantagens, de proveitos, que o irresignado pessoalmente, em sua individualidade, desfrutaria se a norma de Direito Público fosse cumprida.

A assertiva se sustenta, igualmente, nos casos em que tal desfrute (ou, inversamente gravame), ao atingi-los individualmente, atingiria, também, *conatural e conjuntamente, uma generalidade de indivíduos ou uma categoria deles, por se tratar de efeitos jurídicos que pela própria natureza ou índole do ato em causa se esparziriam inexoravelmente sobre uma coletividade de pessoas*, de tal sorte que não haveria como incidir apenas singularmente. E isto até mesmo porque tais interesses só são públicos, e mereceram ser entificados como tal, precisamente por responderem às conveniências da multiplicidade de indivíduos destarte neles abrangidos.

39. Valha como exemplo de situações desta ordem a norma constitucional que determina a instituição de um salário-mínimo que atenda a dados requisitos (art. 7º, IV, da Constituição).[41] Se for estabelecido em nível suficiente para atendê-los, todo e qualquer indivíduo que receba salário-mínimo será *individualmente* beneficiado pelo ato que o instituir, sendo certo que a regra em apreço contempla proveito abrangente de toda a coletividade inserta em tal situação, não havendo como produzir vantagem para um, sem que todos os demais deixem de colhê-la conjunta e concomitantemente. Identicamente, se o ato que o fixar desatender a estes requisitos, o prejuízo,

41. De acordo com o dispositivo citado, são direitos dos trabalhadores: "IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim". Ao respeito v. nosso "Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social", *RDP* 57-58/233-256, 1981.

o dano, será *individualmente* sofrido por todos e cada um dos que estariam livres de tal prejuízo se fora obedecida a regra. Em suma: em um e outro caso, quer o benefício, quer o prejuízo, conquanto afetem individualmente a cada sujeito, não têm como afetá-los senão atingindo toda uma classe ou categoria de pessoas.

40. Uma vez absorvida a noção de interesse público nos termos propostos, percebe-se que é muito maior do que o habitualmente suposto o campo de defesa que deve ser reconhecido a *cada particular* contra desvios na conduta estatal, isto é, contra atos em que esta, *por violar substancialmente a legalidade*, se desencontra daquilo que é verdadeiramente o interesse público. Na medida em que o faça e em que onere *pessoalmente* (embora em conjunto com inúmeros outros) alguém que estaria livre de tal oneração ou sonegue proveitos que muitos captariam se a legalidade fosse obedecida, tal conduta terá sido agressiva a um *direito subjetivo de cada prejudicado*, mesmo quando a norma transgredida haja sido posta em atenção a interesses que necessariamente se irradiam sobre muitos ou sobre todos.

41. Recordem-se ao propósito as lições proferidas por Eduardo García de Enterría, um dos maiores publicistas de nosso tempo, o qual, com pena de ouro, grafou: "La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, *una técnica de garantizar la libertad*. Toda acción administrativa que fuerce un ciudadano a soportar lo que la ley no permite *no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano*. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto".[42]

Com efeito, o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar, de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que se pretendeu e se pretende, à toda evidência, foi e é, sobretudo, *estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia*.[43]

42. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., vol. II, Madri, Thomson-Civitas, 2008, p. 48.

43. Ihering, valorizando o "direito concreto", ao mostrar a íntima relação entre direito objetivo e direito subjetivo, colaciona a seguinte passagem de Shakespeare, no

42. Aliás, se a restauração ou a correção das violações à legalidade não pudessem ser judicialmente exigíveis pelos próprios agravados em todas e quaisquer hipóteses nas quais fossem ofendidos *contra jus*, o princípio da legalidade em muitos casos pouco valeria, neles se convertendo em simples "ficção". Deveras, conforme resulta do pensamento do renomado autor colacionado, se fossem considerados existentes direitos subjetivos apenas em hipóteses estritas – que, a final, são aquelas em que se apresentam com a mesma feição estrutural que têm no Direito Privado –, "(...) en la práctica, ello significaría que tal legalidad, al no poder su aplicación ser exigida por ningún otro sujeto, se reduciría a una simple regla moral para la Administración, que ella sola sería libre (a lo sumo bajo control parlamentario, no bajo del juez, a quien nadie podrá poner en movimiento) de acatar o violar".[44]

Como remate a este tópico, melhor não se fará que transcrever uma vez mais o abalizado pensamento de Eduardo García de Enterría: "Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales *adquiere*, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de la ilegalidad, un *derecho subjetivo* a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses".[45]

Interesses primários e secundários do Estado

43. Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplis-

Mercador de Veneza, na qual Shilock diz: "A libra de carne que pretendo, comprei-a bem caro, é minha e quero tê-la; Se m'a recusais ai das vossas leis! O direito de Veneza então está sem força". E comenta-a, nestes termos: "Já não é o judeu quem reclama a sua libra de carne, é a própria lei de Veneza quem bate à porta do Tribunal – porque o *seu* direito e o direito de Veneza são um só; no seu direito é o direito de Veneza que desmorona" (Rudolf von Ihering, *A Luta pelo Direito*, 17ª ed., trad. de João Vasconcelos, Rio, Revista Forense, 1999, p. 54).

44. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ob. e vol. cits., p. 38.

45. Ob. cit., p. 51. Sobre os direitos subjetivos do administrado é fundamental a leitura do Capítulo XV, n. III, itens 1 a 3, do mencionado *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, pp. 34-54.

ta e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da *entidade que representa o todo* (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno).

Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos* ***enquanto partícipes da Sociedade*** (*entificada juridicamente no Estado*), nisto incluído o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, põe-se a nu a circunstância de que *não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público.

44. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

45. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrímen, contudo, é exposto com exem-

plar clareza por Renato Alessi,[46] colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.

46. O autor exemplifica anotando que, enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, com o quê refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços.

47. Já, de outra feita, aos exemplos aportados pelo insigne Mestre precitado colacionamos outros, de busca indevida de interesses secundários, todos extraídos, infelizmente, da desmandada prática administrativa brasileira. Assim: "Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. *Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral*".[47]

46. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 197 e notas de rodapé 3 e 4.

47. *Atos Administrativos e Direitos dos Administrados*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 16 e 17 – o grifo é atual.

48. Estas assertivas até agora feitas não pretendem se constituir senão em uma referência à *estrutura* desta categoria que nominamos de *interesse público*. Tratando-se de um conceito jurídico, entretanto, é óbvio que a concreta individualização dos *diversos interesses qualificáveis como públicos* só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo.

Com efeito, a *estrutura* do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação. Inversamente, a individuação dos múltiplos interesses públicos responde a conceitos jurídico-positivos.[48]

Esclareçamos o alcance desta afirmativa. Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, *perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade*. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem-fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.

48. Juan Manoel Teran bem esclarece a distinção entre estas duas ordens de conceitos, da seguinte forma: "(...) la validez de un concepto jurídico-positivo está sujeta a la vigencia del derecho mismo en que se apoya. En cambio, cuando se formula un concepto lógico que sirve de base para la conceptuación jurídico-positiva, esa noción se formula con pretensión de validez universal. (...). En conclusión: uno es el plano de los conceptos jurídico-positivos y otro el plano de las nociones o fundamentos lógico-jurídicos. Los conceptos jurídico-positivos tienen un ángulo equivalente al de la positividad del derecho concreto que los ha comprendido e implantado, en tanto que los fundamentos lógicos pretenden tener una validez común y universal para todo sistema jurídico y, por lo tanto, para toda conceptuación jurídica. (...). Por otra parte, los conceptos jurídico-positivos son calificados como nociones *a posteriori*; es decir, se obtienen una vez que se sienta la experiencia del derecho positivo, de cuya comprensión se trata; en tanto que los otros conceptos, los lógico-jurídicos son calificados como conceptos *a priori*; es decir con validez constante y permanente, independiente de las variaciones del derecho positivo" (*Filosofía del Derecho*, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 82 e 83). Daí haver dito: "Por ejemplo: la noción genérica de persona en derecho, como sujeto de imputación, no se alterará porque varíen los sistemas jurídico-positivos: seguirá valiendo" (ob. cit., p. 86).

49. Tomem-se alguns exemplos para aclarar o que foi dito. Algumas ou múltiplas pessoas, talvez mesmo a maioria esmagadora, considerarão de interesse público que haja, em dado tempo e lugar, monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros. Outras pessoas, sobretudo se estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas do que aos nacionais, pensarão exatamente o contrário. Encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e sem-razão completa aos segundos; mas, *do ponto de vista jurídico*, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior.[49]

De outro lado, é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado *nos termos do que estiver disposto na Constituição* é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado; ou seja: sua defesa não é apenas do interesse do particular que possa vir a ser afetado, mas é de interesse de toda a coletividade que seja defendido.

Assim, *é de interesse público* que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art. 37, § 6º do texto constitucional. *É de interesse público* que o desapropriado receba prévia e justa indenização, a teor do art. 5º, XXIV, do mesmo diploma. E é também evidente *que nisto há proteção ao interesse privado* de quem sofreu lesão por obra do Estado ou de quem foi por ele desapropriado, *de par com a proteção do interesse público abrigado nestas normas*. De resto, tais previsões, como é meridianamente óbvio, foram feitas na Constituição exata e precisamente porque foi considerado de interesse público estabelecê-las.

Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre ... é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!

49. Basta lembrar que a Constituição brasileira consagrava estas soluções até o Presidente Fernando Henrique Cardoso assumir a Chefia do Executivo e conseguir que o Congresso editasse emendas constitucionais para eliminar estas garantias instituídas em prol dos interesses do Brasil e dos brasileiros.

Tal suposição corresponderia a não entender nem mesmo o que há de mais rudimentar na noção de interesse público e de sua supremacia sobre o interesse privado. Estas acacianas observações, bem por isto, poderiam parecer rigorosamente despiciendas, mas, estão a ser feitas por ter havido ultimamente alguns comentos nos quais é evidente a incursão no grave equívoco mencionado. Quer-se com isto, então, prevenir a hipótese de que algum incauto, distraidamente, possa vir a lhes dar alguma atenção, ou mesmo que um estudante, ainda principiando o conhecimento do Direito, possa tomar a sério assertivas deste jaez.

IX. Conteúdo do regime jurídico-administrativo

Visto o que é interesse público, pode-se passar ao exame do primeiro grande traço do regime jurídico-administrativo, isto é, a *supremacia do interesse público sobre o privado*.

a) Supremacia do interesse público sobre o privado

50. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. Pelo menos entre nós, o mais amplo e aprofundado estudo sobre o histórico e o alcance de tal supremacia deve-se ao jovem e alumiado professor paranaense Daniel Wunder Hachem em primorosa monografia na qual discute as supostas deficiências do conceito.[50]

No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados:

a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;

b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações;

c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.

50. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*, Belo Horizonte, Forum, 2011.

51. (a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.

Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos (a qual, segundo entendemos, só vige enquanto não contendidos em juízo, ressalvados os casos expressos em lei); o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial; a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc.

52. (b) A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de *modificar, também unilateralmente*, relações já estabelecidas.

No Direito Público, em geral, esta situação se expressa bem nos excelentes comentários do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que merecem transcrição literal: "A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, *de forma unilateral*, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam *é de caráter estatutário*. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico.

Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares".[51]

53. Da conjugação da *posição privilegiada* (a) com a *posição de supremacia* (b) resulta a *exigibilidade dos atos administrativos* – o *droit du préalable* dos franceses – e, em certas hipóteses, a executoriedade muitas vezes até com recurso à compulsão material sobre a pessoa ou coisa, como a chamada execução de ofício.

Também decorre da conjugação dos preceitos mencionados a possibilidade, nos limites da lei, de *revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade deles, quando viciados*. É o que se denomina autotutela.

54. Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce *função*: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, "deveres-poderes", no *interesse alheio*.

Quem exerce "função administrativa" está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

51. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "Conceito de Direito Administrativo", in *Revista da Universidade Católica de São Paulo* XXVII/36, 1964.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como "poderes" ou como "poderes-deveres". Antes se qualificam e melhor se designam como "deveres-poderes", pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.

55. Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.[52] Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas "seus", enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomaticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.

52. Cf. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 1960, p. 197.

55-A. (c) A terceira característica a que acima se aludiu como consectário da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (de par com a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e com a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações) é a da existência de *restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.*

Esta característica – não menos importante do que as outras duas – vem encarecer um aspecto que, infelizmente, não costuma ser suficientemente enfatizado pela doutrina[53] e, que bem por isto, é responsável, ainda hoje, pelo ensombrecimento de um aspecto relevantíssimo da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Por força dela, o Direito Administrativo desvenda não ser um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exibe a sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade (como o queria Duguit), em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal, seja ele um particular investido de funções públicas (como os concessionários de serviço público, por exemplo), seja ele o próprio Estado agindo diretamente ou por meio de entidade de sua Administração indireta (quais as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista).[54]

Este, de resto, é justamente um traço fundamental na identificação da antítese entre direito privado e direito público. Naquele, co-

53. Sem embargo, cumpre assinalar que Jean Rivero é explicito em referir tal característica da atividade administrativa e em valorizá-la ao ponto de havê-la erigido em um dos aspectos da própria identificação do "critério" de aglutinação das normas de Direito Administrativo. Daí afirmar, como, aliás, dantes assinalamos no n. 29, nota de rodapé 40, que "as regras de Direito Administrativo se caracterizam em relação às de Direito Comum seja pela circunstância de conferirem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas que as que submetem os particulares em suas relações entre si" (Rivero, *Droit Administratif*, 2ª ed., Dalloz, p. 32). Esta ideia vai novamente repetida na 14ª edição (1992), escrita em conjunto com Jean Waline. O autor exemplifica citando a impossibilidade de eleger, a seu alvedrio, os fins a serem perseguidos, com a impossibilidade de contratar livremente com quem deseje, aclarando que poderiam ser multiplicados os exemplos.

54. A isto temos aludido já há muito tempo e de modo expresso, em distintas edições deste *Curso*, ao tratar do tema *serviço público* e da *concessão de serviço público* e, de modo implícito, sempre que mencionamos o conceito de *função pública* e sua relevância para compreensão do Direito Administrativo. Faltava, entretanto, incorporar este traço fundamental ao próprio conteúdo do regime jurídico-administrativo, como ora estamos fazendo.

mo o dissemos já na Introdução deste *Curso*, rege a autonomia da vontade, de sorte que o sujeito elege os fins que almeje atingir, prossegue-os, se o desejar, e vale-se dos meios que para tanto escolha, bastando que não sejam uns e outros vedados pelo Direito, ao passo que no direito público a lei preestabelece os fins, os meios e impõe a obrigação de alcançá-los.

Note-se, pois, que o Estado, diversamente dos particulares, *não pode escolher livremente seus contratantes,* sendo obrigado a licitar para identificar a contraparte; *não pode se abster de prestar serviços públicos indispensáveis à Sociedade*; *não pode tratar desigualmente aos interessados em desfrutá-los* e, quando não forem gratuitos, *está proibido de instituir pagamentos que lhes comprometam a modicidade*, *nem pode deixar de promover as alterações necessárias à sua boa prestação*, assim como *não pode interrompê-los*; antes deve manter-lhes a regular continuidade, dada a importância de que se revestem. Demais disto, *não pode se esquivar a externar os motivos dos atos que pratique*, os quais serão inválidos se não existirem ou se – existindo, embora – não forem congruentes, adequados e suficientes para justificar a providência tomada. O Estado *não pode manter em sigilo os atos que pratique*, salvo os específicos casos indicados em lei. O Estado *não pode deixar de responder às petições dos administrados*, *nem pode retardar o atendimento delas*. Estas são algumas dentre as inúmeras sujeições que pesam sobre a atividade pública e a atuação dos que a desempenhem. Aliás, todas elas, podem ser havidas como entroncadas no princípio da legalidade e suas implicações, o qual, de seu turno, finca suas raízes mais profundas no próprio princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, sobre o qual ao diante discorreremos.

56. Todos os princípios expostos e que se apresentam como decorrências sucessivas, uns dos outros, sofrem, evidentemente, limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em as normas que os consagram.

Entretanto, o certo é que existem tais cânones, reconhecíveis no ordenamento jurídico e aceitos tranquila e pacificamente pela doutrina, ao passo que inexistem nas relações que contemplam interesses privados, concernentes ao comércio jurídico estabelecido entre particulares.

57. Um segundo ponto merece ser registrado. O Estado, no exercício da função administrativa, pode desenvolver atividades sob um regime *parcialmente sujeito ao direito privado*. Isto ocorre, por exemplo, quando atua diretamente no campo econômico, mediante empresas que cria para tal fim. Nestas hipóteses, tais sujeitos não desfrutarão nem de uma posição privilegiada, nem de uma posição de supremacia em suas relações com os particulares. Isto, entretanto, evidentemente não significa elisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, nem exclusão, para elas, do enquadramento em todas as demais características, a seguir mencionadas, próprias do regime jurídico administrativo.

b) Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos

58. A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*.

É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é "a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente".[55] Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

"Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade."[56] Administração é a "atividade do que não é senhor absoluto".[57] Diz ele, com invulgar felicidade que: "Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir".[58] O mestre gaúcho pondera acertadamente que "a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurí-

55. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed., Malheiros Editores, 2007, p. 105.
56. Idem, p. 106.
57. Idem, p. 37.
58. Idem, p. 37.

dicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros".[59]

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei.[60]

59. Expostos o conteúdo e o significado da indisponibilidade do interesse público, podem-se extrair as consequências deste princípio, que se vazam no regime dito administrativo.

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios:

a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado;

b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público;

c) do controle administrativo ou tutela;

d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração;

e) da publicidade;

f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;

g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.

59. Idem, p. 106.

60. Caio Tácito, "O abuso do poder administrativo no Brasil", in *RDA* 56/1.

60. (a) O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei[61] e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil, o art. 5º, inciso II, da Constituição dispõe: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Hely Lopes Meirelles ensina que: "A *legalidade*, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".[62]

O autor citado não quis, certamente, restringir o princípio da legalidade ao agente, isto é, ao administrador, embora haja se referido expressamente a ele. O princípio, que formulou com tanta clareza, diz respeito à Administração em si, à atividade administrativa como um todo, englobando, é certo, seus agentes. Tanto isto é verdade que o mesmo doutrinador com precisão assinalou: "A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito. (...). Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza."[63]

Esta última frase sintetiza, excelentemente, o conteúdo do princípio da legalidade.

61. Fritz Fleiner esclareceu o sentido de Administração legal, afirmando: "A Administração legal significa então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições" (*Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87).

Forsthoff encarece as relações entre o princípio da legalidade e liberdade individual ao considerar que na lei se assenta a garantia da liberdade individual, o que se verifica por uma dupla maneira: por um lado através do conhecimento de liberdades determinadas, tanto pela própria Constituição quanto através da legislação ordinária; por outro lado graças ao princípio da *legalidade da Administração*, "que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei (...)" (*Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 252 e 253).

62. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 89.

63. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 89.

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Administrar é, conforme disse Seabra Fagundes em frase lapidar, "aplicar a lei, de ofício".[64]

Em suma, a lei, ou, mais precisamente, o sistema legal, é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa.[65] A expressão "legalidade" deve, pois, ser entendida como "conformidade *à lei* e, sucessivamente, às subsequentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discrição",[66] adquirindo então um sentido mais extenso. Ou seja, é desdobramento de um dos aspectos do princípio da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores.[67]

64. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Forense, 1979, pp. 4-5.

65. O princípio da legalidade, que tradicionalmente tem merecido a atenção e o interesse da doutrina francesa, hoje, na França, sofre importantes atenuações ou, pelo menos, modificações de conteúdo como fruto da Constituição de 1958, que instituiu "matérias reservadas" à competência administrativa, vedando a intervenção do Legislativo. Veja-se, a este propósito, Rivero, ob. cit., pp. 14 a 16, n. 9, e p. 74, n. 77-B, e, sobretudo, Waline, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Sirey, pp. 128 e ss., especialmente o n. 204.

O mesmo princípio sofre, ainda, em outro sentido, importantes restrições, particularmente em face da chamada "teoria das circunstâncias excepcionais". Sobre a matéria vide Georges Vedel, ob. cit., vol. I, pp. 162 e ss.; Waline, *Droit Administratif*, cit., pp. 886 e ss., e sobretudo Laubadère, ob. cit., vol. I, pp. 228 e ss.

66. Na França, entretanto, na qual existem regulamentos independentes ou autônomos, e sobretudo depois da Constituição gaulesa de 1958 – que arrolou determinadas matérias como sendo da alçada da lei (art. 34) e atribui todas as demais para a esfera do regulamento (art. 37) –, a expressão "princípio da legalidade" passou abusivamente a significar simplesmente "conformidade ao Direito", querendo isto dizer, submissão *ou* à lei *ou* a outros atos, conforme o caso. Confira-se ao respeito, entre outros, Georges Vedel, ob. cit., pp. 188 a 191.

67. Rivero, ob. cit., pp. 74 e ss. No mesmo sentido Fritz Fleiner, que diz: "A autoridade administrativa não está ligada apenas pelo Direito criado pelo legislador ao qual está subordinada; está igualmente (subordinada) pelo Direito que ela própria cria, ligada aos seus próprios regulamentos e seus estatutos autônomos" (ob. cit., p. 92).

Laubadère registra a posição diferente assumida por Eisenmann, para quem o princípio da legalidade tem o sentido restrito de "limitação da Administração pelas leis formais" (ob. cit., vol. I, p. 193).

61. A exata compreensão do princípio da legalidade não significa – nem exclui – o fato de que à Administração incumbe criar concretamente – embora em nível sublegal – a utilidade pública, fato do qual decorrerá frequentemente o exercício de atuação discricionária. É que a lei, inúmeras vezes, ao regular abstratamente as situações, o faz de maneira a irrogar ao administrador o encargo de eleger, perante o caso concreto, a solução que se ajuste com perfeição às finalidades da norma, para o quê terá de avaliar conveniência e oportunidade caso a caso.

Com efeito, discricionariedade e apreciação subjetiva caminham *pari passu*, dizia meu inolvidável mestre e orientador, o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. A vinculação surge quando ocorre *objetiva* subsunção entre a hipótese prevista na lei e o caso concreto. Ora, sendo materialmente impossível a previsão exata de todos os casos e tendo-se em conta o caráter de generalidade próprio da lei, decorre que à Administração restarão, em inúmeras ocasiões, a faculdade e o *dever* de apreciar discricionariamente as situações vertentes, precisamente para implementar a finalidade legal a que está jungida pelo princípio da legalidade.

Entretanto, o fim legal é sempre o termo a ser atingido pela lei.

62. Encarta-se no princípio da legalidade o *princípio da finalidade*. Não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo. Donde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de Direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade. Atividade administrativa desencontrada com o fim legal é inválida e por isso judicialmente censurável.

Víctor Nunes Leal, sempre seguro e oportuno, comenta: "Se a Administração não atende ao *fim legal*, a que está obrigada, entende-se que *abusou* de seu poder (...). O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a ação administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou de sua *zona livre*, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a *zona vinculada*".[68]

68. Víctor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 285.

Inclui-se na hipótese, por conseguinte, o *caso de desvio de poder*,[69] que não é senão um subprincípio decorrente do princípio da legalidade. Ensina Caio Tácito que: "A discrição administrativa tem, portanto, como teto a *finalidade legal* da competência",[70] "sendo o abuso de poder da autoridade administrativa o reverso do princípio da legalidade da Administração Pública (...)".[71]

63. Descende também do princípio da legalidade o *princípio da razoabilidade*. Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discrição administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. Para sufragar este entendimento ter-se-ia que atribuir estultice à própria lei na qual se haja apoiado a conduta administrativa, o que se incompatibilizaria com princípios de boa hermenêutica. É claro, pois, que um ato administrativo afrontoso à razoabilidade não é apenas censurável perante a Ciência da Administração. É também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade da lei. Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados. Não haverá nisto invasão do "mérito" do ato, isto é, do campo da discricionariedade administrativa, pois discrição é margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrigadas intelecções induvidosamente desarrazoadas, ao menos quando comportar outro entendimento. O conteúdo de tal princípio pode ser expresso de maneira sintética, tal como o fez o atilado administrativista Edmir Netto de Araújo, em

69. José Cretella Júnior, in *Desvio de Poder*, 1964, p. 36, expende excelente lição a propósito: "Ao contrário do que julgam muitos tratadistas, a legalidade não é formada apenas de elementos externos, relacionados com a competência, objeto e forma. A legalidade penetra até os motivos e, principalmente, até o *fim* do ato. É ilegal ato em que o fim é viciado. Sendo o *desvio de poder* o uso indevido ou viciado que de suas atribuições faz a autoridade, tudo se resolve, afinal, num problema de *excesso ou abuso de poder* e este, por sua vez, conduz à incompetência. Daí, dizer-se que o juiz do ato administrativo não sai do exame da legalidade quando pronuncia a nulidade do procedimento inquinado daquele vício que se define por uma incompetência, não formal, mas material".

70. "A Administração e o controle da legalidade", in *RDA* 37/5.

71. Caio Tácito, "O abuso do poder ...", cit.

averbação feliz e esclarecedora, ao dizer que "o princípio da razoabilidade traduz a congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração".[72]

64. Procede, ainda, do princípio da legalidade o *princípio da proporcionalidade* do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa *mais extensa* ou *mais intensa* do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal. Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso. Aliás, há quem considere – em dissonância com nosso entendimento – que dito princípio se confunde com o da razoabilidade. É o caso do admirável constitucionalista baiano Dirley da Cunha Júnior, que, tratando deles, disse, com sua costumada clareza: "Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das restrições de direito, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do Direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico".[73]

Importante é sua certeira observação de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são exigíveis tanto para os atos administrativos como para as demais manifestações do Estado – e, pois, igualmente para as leis.

65. Deve-se considerar, também, como postulado pelo princípio da legalidade o *princípio da motivação*, isto é, o que impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo.

72. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 82.
73. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., Podium, 2011, p. 228.

Isto porque, sobretudo quando dispõe de certa liberdade (discricionariedade administrativa) para praticar o ato tal ou qual, não haveria como saber-se se o comportamento que tomou atendeu ou não ao princípio da legalidade, se foi deferente com a finalidade normativa, se obedeceu à razoabilidade e à proporcionalidade, a menos que enuncie as razões em que se embasou para agir como agiu. São elas que permitirão avaliar a consonância ou dissonância com tais princípios. Donde, ausência de motivação faz o ato inválido sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação. É que, em inúmeras hipóteses, de nada adiantaria que a Administração aduzisse motivação *depois* de produzido ou impugnado o ato, porquanto não se poderia ter certeza de que as razões tardiamente alegadas existiam efetivamente ou haviam sido tomadas em conta quando de sua emanação.

66. Procede, ainda, da matriz da legalidade a contrapartida da ilegalidade, isto é, o *princípio da ampla responsabilidade do Estado*, através do qual, se transgredi-la, incorre nas sanções previstas. Destarte, ficam assegurados os direitos dos particulares perante a ação administrativa.

Com efeito, não teria sentido ou alcance jurídico algum o princípio da legalidade se a responsabilidade do Estado, em matéria de atos administrativos, não fosse o seu reverso. A Constituição brasileira regula a matéria no art. 37, § 6º.

Aliás, o sobredito princípio tem sua compostura completada pelo influxo de outro princípio, o da *igualdade*. Deveras, o Estado não responde apenas por atos ilícitos, mas também por atos lícitos, quando a indenização do dano causado é exigida em nome da isonomia; ou seja: para que algum ou alguns sujeitos não sejam onerados por providências gravosas (embora legítimas) tomadas no interesse de todos, mas cujos efeitos patrimoniais detrimentosos recaem apenas sobre determinada ou determinadas pessoas.

67. (b) O *princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública* traduz a situação de "dever" em que se encontra a Administração – direta ou indireta – em face da lei.

O interesse público, fixado por via legal, não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um "problema pessoal" da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível.

Como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que ser prosseguido, uma vez que a lei assim determinou. Daí a obrigação de as pessoas administrativas prosseguirem o próprio escopo, característica tão realçada pelos autores.

68. Outrossim, em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. O *princípio da continuidade do serviço público* é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, oriunda do princípio fundamental da "indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos", noção que bem se aclara ao se ter presente o significado fundamental já exposto da "relação de Administração".

Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias. É por isso mesmo que Jèze esclarecia que a Administração tem o dever, mesmo no curso de uma concessão de serviço público, de assumir o serviço, provisória ou definitivamente, no caso de o concessionário, com culpa ou sem culpa, deixar de prossegui-lo convenientemente.

O interesse público que à Administração incumbe zelar encontra-se acima de quaisquer outros e, para ela, tem o sentido de dever, de obrigação. Também por isso não podem as pessoas administrativas deixar de cumprir o próprio escopo, noção muito encarecida pelos autores. São obrigadas a desenvolver atividade contínua, compelidas a perseguir suas finalidades públicas.

Desta obrigatoriedade, logicamente, procede a *impossibilidade de dissolução "sponte propria" das pessoas administrativas*. A razão é óbvia e é sempre a mesma: a Administração desempenha atividade serviente, cumpre a lei, na forma do que foi estabelecido.

A relação administrativa desenvolve-se debaixo de uma finalidade cogente. A Administração não dispõe dos interesses públicos a seu talante: antes, é obrigada a zelar por eles ao influxo do princípio da legalidade, já referido.

Fritz Fleiner, ao conceber administração legal como aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro de seus limites, projetou em fórmula feliz a noção de que é a lei que dá todo o impulso à atividade administrativa.[74]

69. (c) O *princípio do controle administrativo ou tutela* vincula-se também ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Efetivamente, o Estado, através da chamada função administrativa, procede à persecução de interesses que consagrou como pertinentes a si próprio. A implementação deles é feita pelo próprio Estado mediante os órgãos da Administração. A atividade desta tem como agente o próprio Estado, enquanto submetido ao regime que se especifica através da relação de administração, nos termos retroassinalados. Subjuga-se, portanto, ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, cujo sentido se esclareceu previamente.

A gestão destes interesses indisponíveis, em princípio, realizar-se-ia, toda ela, através do próprio Estado, diretamente, isto é, mediante o conjunto de órgãos designados, em sua inteireza, como Administração.

Sem embargo, criando o Estado pessoas auxiliares suas, portanto, entes submetidos ao mesmo regime de indisponibilidade de interesses públicos, fraciona a unidade de sua manifestação administrativa. Exclui de si próprio a responsabilidade imediata por um conjunto de interesses indisponíveis que, em tese, estariam concentrados em uma única pessoa e prosseguidos pela Administração. A fim de manter a coerência harmônica do todo administrativo e reter sua integridade, posto que a função das pessoas autárquicas ou outras modalidades de administração indireta é idêntica ou similar à que exercita em sua manifestação administrativa, mantém-nas sob controle. Com isto reconstitui, de certa forma, a unidade que quebrou – e que nunca poderia romper totalmente, sob pena de mutação qualitativa em a natureza de tais pessoas.

Horacio Heredía define o controle administrativo sobre as pessoas autárquicas como o "juízo que realiza um órgão da Administração ativa sobre o comportamento positivo ou negativo de uma entidade autárquica ou de um agente seu, com o fim de estabelecer se se conforma ou não com as normas e princípios que o regulam e cuja decisão se concretiza em um ato administrativo".[75]

74. Fritz Fleiner, *Les Principes Généraux* ..., cit., p. 87.

75. *Contralor Administrativo sobre los Entes Autárquicos*, 1942, p. 29.

70. (d) O *princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração* firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade.

Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa.

Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. "Todos são iguais perante a lei (...)", proclamam habitualmente as Constituições. *A fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis.

71. Vários institutos de Direito Administrativo refletem claramente a importância deste princípio. Aplicação dele encontra-se, por exemplo, nos institutos da licitação e do provimento de cargo público mediante concurso.

A Administração direta ou indireta não pode distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha de intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular, utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e equitativo a todo administrado.

A exigência de licitação para a realização de negócios com os particulares não traduz apenas o desejo estatal de obter o melhor produto ou serviço com menores ônus. Implica, também, a obrigação de oferecer aos particulares, que se dispõem a fornecer o bem ou o serviço, a oportunidade de disputar em igualdade de condições.

Assim, o instituto da licitação não tem em mira, apenas, os cômodos do Estado, mas, também, encarece interesses dos particulares em face dele.

72. O princípio da isonomia da Administração não necessita, para seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos.

Com relação ao gozo ou fruição dos serviços públicos, a Administração está, igualmente, obrigada, sempre pelo mesmo fundamento, a prestá-los a todos os cidadãos, sem discriminações. Jèze faz expressa menção a este princípio.[76]

73. (e) *Princípio da publicidade*. Deveras, se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los hão de ser exibidos em

76. Aliás, talvez haja sido Gaston Jèze quem mais se preocupou em determinar as coordenadas do Direito Administrativo, destacando certos princípios como fundamentais. Adepto que era da escola do serviço público, reporta estes cânones básicos à noção que lhe parecia central neste ramo do Direito.

Cumpre notar que, à diferença de Duguit – e isto é importantíssimo –, Jèze identificava serviço público com aquele exercido sob um "regime determinado", o "processo de Direito Público". Caracterizava-o precisamente pela "existência de regras jurídicas especiais, de teorias jurídicas especiais".

Ao procurar determiná-las, realizou um trabalho gigantesco, de valor incomparável, pois forcejou por descobrir aqueles princípios que caracterizam o regime administrativo ainda que *nominalmente* os reportasse ao serviço público.

Assim, nele se encontra expressa menção ao princípio de que "o interesse particular deve ceder ante o interesse geral", ideia em torno da qual consciente e deliberadamente faz convergir "todas as regras jurídicas especiais e teorias jurídicas especiais" que norteiam o Direito Administrativo. Em outras palavras está aí expresso, e claramente, o princípio da supremacia do interesse público. Acentua a desigualdade dos interesses em conflito, contrastando com a igualdade que preside as relações privadas (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. III, trad. argentina da 3ª ed. francesa de 1930, 1949, pp. 4, 5 e 6).

A ideia da inalienabilidade dos interesses públicos também se encontra de certa forma afirmada por ele, quando trata de modificação, a qualquer tempo, da organização de um serviço público (ob. cit., pp. 7 e 8).

O princípio da continuidade do serviço público e o da igualdade ou isonomia em face dele também mereceram a consideração de Jèze. Este último está expresso de modo taxativo e incontroversível (ob. cit., vol. III, pp. 18 a 24).

público. O princípio da publicidade impõe a *transparência* na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou malconduzida.

74. (f) O *princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos* consiste em que, sendo a administração atividade serviente, desenvolvida em nível sublegal, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público.

Ao nível da Administração os interesses públicos são inalienáveis e, por isso mesmo, não podem ser transferidos aos particulares. Aplicações deste princípio são inúmeras e encontram-se bem-tipificadas, por exemplo, na inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos.

É em razão do mesmo cânone que se pode afirmar inexistir na concessão de serviço público transferência de direitos relativos à atividade pública para o concessionário. O interesse público que aquele serviço representa não pode ficar retido em mãos de particulares. É inviável a transferência dele do campo estatal para o privado. Transfere, simplesmente, o exercício da atividade, e não os direitos concernentes à própria atividade. Pode, por isso mesmo, ser avocada a qualquer instante pelo Poder Público, como podem também ser modificadas as condições de sua prestação, por ato unilateral da Administração, sempre que seja de interesse público, respeitados, apenas, os termos da equação econômica avençada.

75. (g) *Princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos*. Trata-se, é bem de ver, de exigência impostergável à ideia de Estado de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis.

Os sistemas pelos quais tais contrastes se fazem e a amplitude com que são admitidos comportam variações em função dos regimes jurídico-positivos, mas, evidentemente, não poderiam deixar de existir.

Nos países do continente europeu, em sua grande maioria, o controle jurisdicional da Administração, em relação à quase totalidade dos atos administrativos, não é feito pelo Poder Judiciário, mas por órgãos independentes e autônomos que, todavia, são integrantes

da própria Administração.[77] Dito modelo resulta de peculiaridades históricas próprias da vida daqueles países e da formação dos respectivos Direitos Administrativos.

Entre nós, que adotamos, neste particular – e felizmente –, o sistema anglo-americano, há unidade de jurisdição, isto é, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício pleno da atividade jurisdicional. Ato algum escapa ao controle do Judiciário, pois nenhuma ameaça ou lesão de direito pode ser subtraída à sua apreciação (art. 5º, XXXV, da Constituição). Assim, todo e qualquer comportamento da Administração Pública que se faça gravoso a direito pode ser fulminado pelo Poder Judiciário, sem prejuízo das reparações patrimoniais cabíveis.

76. A todos os princípios arrolados deve-se acrescentar mais um, um princípio técnico de organização, que é típico da Administração Pública: o *princípio da hierarquia*, inexistente no exercício das funções legislativa e jurisdicional, mas tão só na função administrativa.

77. Finalmente, cumpre fazer menção a um princípio comum a todo e qualquer sistema jurídico e que, obviamente, não é específico do Direito Administrativo, mas nele possui notável relevo, a saber: o *princípio da segurança jurídica*, o qual, se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de direito, como acreditamos

77. Na maior parte dos países europeus, seguindo a tradição francesa, há, então, uma dualidade de jurisdições: a judicial e a administrativa. O órgão administrativo principal desta última denomina-se Conselho de Estado. É ao Conselho de Estado da França que se atribui o papel de criador do Direito Administrativo naquele País, valendo frisar que o Direito Administrativo francês influenciou acentuadamente o Direito Administrativo dos países do continente europeu. Decantado em prosa e verso pelo alargamento das garantias que foi, ao longo do tempo, forjando em prol dos administrados, cumpre, todavia, não esquecer, como anotaram Erik Arnoul e François Monnier (o segundo um historiador das instituições administrativas francesas e o primeiro, ele próprio, membro do Conselho de Estado) que nem por isto se deve "ocultar a timidez ou as fraquezas de seu controle jurisdicional, assim como sua propensão para não se indispor com a Administração ativa, muito frequentada por seus membros – nem a fazer esquecer sua dependência em face do Poder ou sua condescendência à vista dos governantes pouco respeitosos das liberdades individuais" (*Le Conseil d'État, Juger, Conseiller, Servir*, Gallimard, 1999, p. 37). Aliás, estas situações lamentáveis dessarte descritas não poderiam chocar os administrativistas brasileiros, como se os estivessem colocando perante fatos surpreendentes em uma esfera jurisdicional de cúpula; antes, e pelo contrário, suscitariam uma sensação de *dejà vu*, de familiaridade, maiormente em face dos oito anos de governo do Sr. Fernando Cardoso.

que efetivamente o seja, por certo é um dos maiores dentre eles. Por força do sobredito princípio cuida-se de evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso. A prescrição, o direito adquirido, são exemplos de institutos prestigiadores da segurança jurídica.

Em despeito da supina importância deste cânone fundamental, só o incluímos na relação dos princípios do Direito Administrativo, a partir da 15ª edição (de 2003), atendendo à instigação crítica da profa. Weida Zancaner, cuja advertência esclarecedora e oportuna nos verberava tal inadmissível omissão. Aliás, sobre o tema e seu tratamento constitucional entre nós, deve-se referir valioso trabalho monográfico de Rafael Valim.[78]

X. Valor metodológico da noção de regime administrativo

78. Não se pretende seja exaustiva a enumeração feita dos princípios peculiares ao Direito Administrativo que formam em sua unidade sistemática o regime administrativo. A exposição deles, sobremais, foi, como não poderia deixar de ser, extremamente sucinta, pois seu desenvolvimento é o próprio objeto do Direito Administrativo.

Intentou-se, simplesmente, esboçar uma rápida caracterização daquilo que informa e tipifica um conjunto de normas cujas peculiaridades conferem autonomia a determinado ramo do Direito, permitindo se lhe reconheça uma identidade própria.

O esforço empreendido, mera tentativa de localizar as linhas mestras que presidem este setor do conhecimento jurídico, impôs-se como indispensável ao preenchimento de uma lacuna inadmissível e surpreendente, por todos os títulos, na literatura especializada.

Com efeito, se o objeto do jurista é um sistema de normas e o tema específico do administrativista são as regras e princípios que perfazem em sua unidade o Direito Administrativo, a primeira tarefa que se lhe impõe, como patamar para a compreensão dos vários institutos, é a identificação das noções radicais que os embasam.

78. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

Tal procedimento, sobre oferecer maior rentabilidade científica que a simples análise compartimentada dos vários institutos, representa, outrossim, condicionamento importantíssimo para compreensão cabal das várias figuras do Direito Administrativo. Nota-se, além disto, que, afinal, este é definitivamente o único suporte para uma visão "purificada" dos institutos de Direito Administrativo. Só este procedimento elimina vestibularmente a imissão entre os fatores jurídicos e extrajurídicos.

79. A perspectiva formal – única compatível com o exame ortodoxo da Ciência do Direito – depende, em suas aplicações concretas, por inteiro, da identificação do regime administrativo. De outro modo, como surpreender noções técnicas como a personalidade administrativa, por exemplo? Sem remissão ao regime norteador delas cair-se-ia, inexoravelmente, no plano instável dos conceitos extrajurídicos.

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa –, todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão só na medida em que através deles aprisione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade.

O trabalho teórico do jurista, construído, como é, à vista de aplicações práticas, resume-se e explica-se na tentativa de descobrir a *rationale* que congrega e unifica um complexo de cânones e normas.

As considerações acima realçam a importância e a necessidade inexorável de fixar o conteúdo do regime administrativo.

Não há como formular adequadamente um conceito jurídico fora deste rigor metodológico. Com efeito, se o conceito formulado não se cinge rigorosamente ao propósito de captar um determinado regime – cuja composição admite apenas as normas editadas pelo Direito Positivo e os princípios acolhidos na sistemática dele –, será desconforme com sua própria razão de ser (identificação da disciplina que preside um dado instituto).

Esta deformação sucederá sempre que se agreguem ao conceito traços metajurídicos, isto é, quaisquer ingredientes ou conotações que não sejam imediatamente derivados das próprias normas ou dos princípios por elas encampados. Eis por que noções como finalida-

de pública, utilidade pública, interesse público, serviço público, bem público, pessoa pública, ato administrativo, autarquias, autoadministração e quaisquer outros conceitos só têm sentido, para o jurista, como sujeitos ou objetos submetidos a um dado sistema de normas e princípios; em outras palavras, a um regime.

Em face do Direito as noções citadas nada mais contêm em si além do significado de entidades lógicas identificáveis por seus regimes. Entende-se, à vista disto, que pouco importa, então, se uma atividade afigura-se-nos mais ou menos relevante ou irrelevante para a coletividade. Não é isto que a qualificará como pública ou privada, mas o regime que lhe houver sido atribuído pelo sistema normativo.

Perante o Direito será pública ou privada na exclusiva dependência do que houverem decidido a Constituição e a lei: portanto, unicamente em função do regime que a disciplina.

Um serviço prestado pelo Estado não se torna público pelo fato de interessar a todos e estar em suas mãos, ou em mãos de pessoa sua, mas pela circunstância de se reger conformemente ao regime de Direito Administrativo, tanto que, se disciplinado pelas regras de Direito Privado – e o legislador é livre para assim decidir –, descaberá reputá-lo serviço público.

Parece-nos ser esta a única compreensão possível em torno do problema. A entender-se de outro modo, os conceitos jurídicos perderiam toda sua operatividade. É forçoso, por conseguinte, estabelecer cabal dissociação entre as noções substanciais, que em nível pré-jurídico informam o legislador, e as que correspondem a realidades próprias do Direito. Estas definem-se como regimes jurídicos, complexos de princípios e normas.

80. Advirta-se, outrossim, que as regras, justamente por serem disposições expressas, encontram-se à imediata disposição do intérprete e, bem por isso, não apresentam qualquer dificuldade em ser localizadas. De extrema importância, isto sim, é desvendar os princípios acolhidos no sistema; isto é, os que se encontram vazados nas diversas normas administrativas, informando suas disposições, embora não se achem formal ou categoricamente expressos. Estes, genericamente acolhidos no sistema, presidem toda sua organicidade e, obviamente, podem ter generalidade maior ou menor, aplicando-se, então, à totalidade dos institutos ou apenas a alguns deles. São estes princípios que compõem o equilíbrio do sistema e determinam a unidade e racionalidade interna do regime administrativo.

81. Formulemos, por comodidade didática, uma analogia. No mundo físico, o sistema planetário se rege por leis ou princípios da mais ampla generalidade, como a lei da gravitação dos corpos. Outras leis, mais específicas e particularizadas, mas sempre em conexão com as anteriores, explicam diversas espécies de fenômenos que se articulam em um complexo.

Também ante o Direito, em geral, e no Direito Administrativo em particular, se reconhece situação análoga. Algumas noções ou princípios são categoriais em relação a outros, de significado mais restrito, porque abrangentes de alguns institutos apenas. Estes, a seu turno, desempenham função categorial relativamente a outros mais particularizados que os anteriores. Assim se processa uma cadeia descendente de princípios e categorias até os níveis mais específicos. Alguns alicerçam todo o sistema; outros, destes derivados, dizem respeito ora a uns, ora a outros institutos, interligando-se todos, não só em plano vertical, como horizontal, formando uma unidade, um complexo lógico, a que chamamos *regime*; no caso em tela, *regime administrativo*.

Obviamente, cada um dos vários institutos de uma disciplina jurídica guarda suas características próprias concernentes à gama de subprincípios que o regulam, sem prejuízo de receber automática influência e aplicação dos princípios mais genéricos que o envolvem e interpenetram, pois dentro deles se acha imerso.

82. O sistema de uma disciplina jurídica, seu regime, portanto, constitui-se do conjunto de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas. Por conseguinte, todos os institutos que abarca – à moda do sistema solar dentro do planetário – articulam-se, gravitam, equilibram-se, em função da racionalidade própria deste sistema específico, segundo as peculiaridades que delineiam o regime (no caso, o administrativo), dando-lhe tipicidade em relação a outros.

Diferentemente dos princípios que regem o mundo físico, no campo do Direito são livremente determinados pelos homens. O legislador acolhe, no sistema normativo que constrói, os princípios que deseja vigorantes. São, bem por isso, mutáveis.

Ao ser, pouco a pouco, delineado um dado sistema, pode o Legislativo fixar inconscientemente um conjunto de princípios que, deseje ou não, estarão informando o sistema, desde que as normas postas traduzam sua acolhida.

Ao jurista interessam, portanto, os *princípios consagrados*, haja ou não o legislador pretendido conscientemente instaurá-los. Estes cânones, entretanto, estão sempre à disposição da autoridade legislativa, pelo quê podem ser, a qualquer tempo, modificados, derrogados, seja pela substituição dos princípios básicos, seja pela alteração deles nos vários institutos particulares de uma dada disciplina. É exatamente por isso que o jurista, o intérprete – a quem cabe simplesmente reconhecer os princípios encampados e identificar as diferentes aplicações em face das diversas hipóteses –, deve centrar sua investigação, raciocínio e construção teórica *única e exclusivamente no regime*.

Ao jurisperito não interessam as realidades substanciais ou infraestruturais que determinaram, em nível pré-jurídico, a opção do legislador constituinte e ordinário, salvo como elemento auxiliar para entender o positivado.

As noções que importam ao jurista são aquelas qualificadas pelo sistema normativo, isto é, definidas em função de um regime. Por isso mesmo, de nada lhe adianta recorrer aos conceitos anteriores sobre os quais já incidiu o juízo do legislador. Como é este último quem dá entidade, perante o Direito, às noções que lhe serviram de estribo, o intérprete recebe conceitos novos, jurídicos, posto que os anteriores se desvanecem, cedendo lugar ao produto da qualificação legislativa.[79]

83. De todo o exposto se verifica a grande importância da noção de regime administrativo, cujo desenvolvimento pormenorizado é o próprio objeto deste ramo do Direito. É a noção referida que explica cada um dos institutos de Direito Administrativo e permite fixar-lhes a identidade, pela compreensão das respectivas disciplinas.

Já se ressaltou, mas não é demais repetir, que cada instituto apresenta peculiaridades no que concerne aos princípios que o norteiam. Obedece a regras particulares, havendo certa refrangência nos princípios genéricos ao se encontrarem com os princípios específicos de cada instituto. Estes são tradução particularizada dos princí-

79. Giovanni Miele, em notável lição, nos ensina: "(...) nada existe para o ordenamento jurídico se não tem vida nele e por ele, e toda figura, instituto ou relação com que nos encontramos, percorrendo as suas várias manifestações, tem uma realidade própria que não é menos real que qualquer outro produto do espírito humano em outros campos e direções. A realidade do ordenamento jurídico não tem outro termo de confronto senão ele mesmo: donde ser imprópria a comparação com outra realidade, com o fito de verificar se, porventura, as manifestações do primeiro conferem com aquele ou se afastam das manifestações do mundo natural, histórico ou metafísico" (*Principi di Diritto Amministrativo*, reimpr. da 2ª ed., vol. I, 1960, p. 81).

pios genéricos, tendo em vista as peculiaridades de cada figura jurídico-administrativa.

84. Outrossim, ao ser conhecido como de Direito Administrativo um dado instituto, não há necessidade de enumerar e explicar pormenorizadamente o complexo total de regras que lhe são pertinentes, uma vez que, de antemão se sabe, receberá, *in principio*, e em bloco, o conjunto de princípios genéricos, convindo apenas agregar-lhes as peculiaridades, o sentido, a direção e a intensidade que a aplicação dos princípios genéricos tem em cada caso, assim como eventuais derrogações provocadas pelos subprincípios ligados à natureza particular do instituto examinado. Vale, ainda aqui, a analogia dantes invocada: quando se faz menção a qualquer planeta do sistema solar não há necessidade de explicar minuciosamente o conjunto de leis que regem seu equilíbrio e entrosamento no sistema. Sabe-se, desde logo, que está submetido àquele complexo de leis, liminarmente considerado, isto é, as do sistema solar e planetário, em geral.

85. Infelizmente a doutrina especializada tem despendido pouco esforço no sentido de desvendar, arrolar e organizar os princípios básicos do regime administrativo, embora sejam indiretamente estudados, pelos mesmos mestres, ao tratarem dos vários tópicos do Direito Administrativo. No exame concreto das figuras jurídicas, manejam os mencionados cânones, pelo menos enquanto informações subjacentes ao tema, sem, contudo, elevá-los a um nível categorial, após indispensável reconhecimento explícito deles. Com isto, há verdadeira atomização de noções, que ficam subutilizadas. Cumpre, então, recolhê-las, reduzindo-as a seus denominadores comuns, articulá-las para, afinal, fazê-las refluir sobre todos e cada um dos institutos, o que permite lançar sobre eles, de imediato, uma luz esclarecedora apta a instrumentar, com proveito considerável, uma visão coerente e ordenada de cada qual.

86. Geraldo Ataliba com muita precisão observava que: "(...) o estudo de qualquer realidade – seja natural, seja cultural – quer em nível científico, quer didático, será mais proveitoso e seguro, se o agente é capaz de perceber e definir o *sistema formado pelo objeto e aquele maior*, no qual este se insere. Se se trata de produto cultural, ainda que o esforço humano que o produziu não tenha sido consciente de elaborar um sistema previamente deliberado neste sentido, deve procurá-lo e apreendê-lo o observador ou intérprete".[80]

80. Ob. cit., pp. 4 e 5.

Como se disse, poucos foram os princípios expressamente arrecadados e coligidos para figurarem como *têtes de chapitres* dos vários institutos. Sem embargo, é valiosíssimo o esforço já produzido.

Têm sido erigidos ao nível de princípios básicos alguns poucos, como o princípio da legalidade, o da prevalência do interesse público sobre o privado, o princípio da continuidade do serviço público, o princípio da igualdade de todos perante o serviço público,[81] o princípio da dualidade de jurisdição (comum e administrativa) – inexistente em nosso Direito –, o princípio da responsabilidade do Estado e mais alguns poucos, esparsos e desconexos entre si, e raras vezes apresentados expressamente como noções que tipificam o regime administrativo.

87. Entre nós, Cirne Lima, em páginas de inexcedível valor, fixa a noção de relação de administração como a "(...) base última na construção sistemática de nossa disciplina (...)".[82] Com efeito, confere a esta noção o caráter de princípio fundamental, peça-matriz de todo o Direito Administrativo, e o faz com indisputável razão. Sobretudo na "Introdução", parágrafo segundo, e na "Parte Geral", parágrafo sexto, de seus *Princípios* ..., nunca assaz louvados, traça com inabalável segurança e clareza notável o sentido deste conceito, encarecendo-lhe a função de alicerce do Direito Administrativo.

88. Hely Lopes Meirelles, antes da Constituição de 1988, enumerava três princípios: da legalidade, da moralidade e da finalidade, como ditames básicos da Administração Pública.[83]

A doutrina – certamente absorvida na análise de outros temas relevantes – tratou *à vol d'oiseau* este importantíssimo problema da fixação dos princípios fundamentais do Direito Administrativo. Por isso mesmo, ainda está por ser convenientemente delineado o regime administrativo, sem embargo de ser ele, afinal, o ponto medular desta disciplina jurídica.

Há, na matéria, verdadeira lacuna, reclamando preenchimento urgente. Eis por que, não havendo a doutrina atribuído ao regime

81. Jèze formula nos seguintes termos o citado princípio: "Todos os indivíduos que reúnem determinadas condições, estabelecidas de maneira geral e impessoal pela lei orgânica dos serviços (lei, regulamento, instruções gerais), têm o poder jurídico de exigir a prestação que é o objeto do serviço público: trata-se do princípio da igualdade dos indivíduos ante os serviços públicos" (*Principios* ..., cit., p. 24).

82. *Princípios de Direito* ..., cit., p. 109.

83. Ob. cit., ed. 1964, p. 56.

administrativo função categorial, poucos são os princípios diretamente qualificados pela doutrina como noções articuladoras do Direito Administrativo. Fala-se em "regime de Direito Público", em "processo de Direito Público", em "regime administrativo", mas não se lhes expõem as coordenadas.

À espera de forças mais robustas que tratem da matéria, apontamos os princípios que nos parecem formar, em seu conjunto, a tipicidade do regime administrativo e, portanto, do próprio Direito Administrativo.

Compreende-se que o desenvolvimento, desdobramento e explicação destes vários princípios, assim como suas aplicações concretas à vista de cada instituto, sejam o próprio objeto do Direito Administrativo. Então, descabem, evidentemente, neste capítulo, precisões ou comentários além dos que se fez.

Não se pretende que a relação exposta seja exauriente ou que a articulação dos vários princípios tenha sido exposta com suficiente sedimentação capaz de resguardá-la de uma áspera, contínua e sucessiva reelaboração crítica. Entretanto, a audaciosa, porque singela, exposição destes princípios, assim como o tímido e incipiente resultado obtido no esforço de encadeá-los nesta abordagem, foi imposta pela necessidade de procurar uma trilha simultaneamente nova e urgente e, por isso mesmo, pouco resguardada. Sua justificativa é a própria necessidade de deslocar o eixo metodológico de apreciação do Direito Administrativo e seus institutos.

89. Compreende-se, outrossim, que a afirmação dos vários cânones que compõem o regime administrativo estabelece ditames genéricos para o entendimento e interpretação do Direito Administrativo. Todos estes princípios vigoram segundo determinadas condições, regulamentação e limites, admitindo variantes, temperamentos e qualificações particulares à vista do significado singular que assumem em função da legislação concernente aos diversos institutos do Direito Administrativo. Sem embargo, desempenham o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina e radical que unifica e lhe dá organicidade e coesão.

Estes princípios genéricos são o "Direito Comum do Direito Administrativo", admitindo apenas, como foi frisado retro, certas refrações e particularidades ao encontrarem, *in concreto*, cada um dos institutos, em suas conformações peculiares especificamente ditadas pelos fins a que tendem.

Capítulo II

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

I. Princípios expressos e implícitos. II. Restrições excepcionais ao princípio da legalidade: a) Medidas provisórias; b) Estado de defesa; c) Estado de sítio.

I. Princípios expressos e implícitos

1. Ao cabo do que foi dito no capítulo anterior, é conveniente, agora, examinar a fisionomia destes princípios (componentes do regime jurídico-administrativo) *no Direito brasileiro*, indicando suas *raízes constitucionais* expressas ou implícitas.[1] Para tanto, pode-se, aqui, dispensar o esforço de arrumá-los em organização sistemática. Basta proceder-lhes o arrolamento.

2. O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência* (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.

Vejamo-los.

1. Muitos dos princípios constitucionais adiante expostos encontram-se hoje afirmados explicitamente em nível legal, desde o advento da Lei 9.784, de 29.1.1999, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal" (estudada mais adiante, no Capítulo VIII), cujo art. 2º arrola os seguintes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

1º) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

3. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *autoexecutoriedade* dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada.

Também por força desta posição de supremacia do interesse público e – em consequência – de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se à Administração a possibilidade de *revogar* os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o *dever de anular ou convalidar* os atos inválidos que haja praticado. É o *princípio da autotutela* dos atos administrativos.

Em todos os casos, a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso, sobretudo pelo *habeas corpus*, quando ofensivas à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da Constituição), e nos demais casos pelo mandado de segurança individual, ou coletivo se for a hipótese (art. 5º, LXIX e LXX), ou mesmo por medidas possessórias, tratando-se de defender ou retomar a posse.

4. O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão* e *compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.

É lógico, de outra parte, que sob perspectiva da Sociologia, da Ciência Política ou da Moral sua configuração far-se-ia por outros critérios, os quais, é bem de ver, teriam que ser sacados da *própria Sociologia*, da *Política* ou da *Moral*, *respectivamente*, *pois a Ciência do Direito não teria como fornecê-los*, eis que seu critério é o aduzido pelas próprias normas postas.

5. Convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de "poderes", *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são "deveres-poderes", como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de "função".

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são *instrumentais*: *servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissoluvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não "poderes", simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como "poderes-deveres", nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de *dever*, não na de "poder". Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce "função", instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apetecem, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei.

6. Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida,[2] e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (Capítulo I, ns. 43 a 47), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário.

2. Para um confronto entre atividade privada e atividade administrativa, autonomia da vontade e função, cf. Afonso Rodrigues Queiró, in *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder*, Coimbra, Coimbra Editora, 1940, pp. 15-18.

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais.

Visto que na ideia de função o dever é que é predominante; visto que o poder a ele ligado cumpre papel *instrumental*, *ancilar*, percebe-se também que os "poderes" administrativos, em cada caso, não têm por que comparecer além da medida necessária para o suprimento da finalidade que os justifica.

Assim, nas situações concretas hão de ser compreendidos, exegeticamente reconhecidos e dimensionados, tomando-se por gabarito máximo o *quantum* indispensável para a satisfação do escopo em vista do qual foram instituídos.

Em suma: os "poderes" administrativos – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, extralimitação da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos "poderes" de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado.

2º) Princípio da legalidade

7. Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente

organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.[3]

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo,

3. Cf. Renato Alessi, ob. cit., p. 4.

cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*.

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.[4] Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.[5] Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração "é a *longa manus* do legislador"[6] e que "a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais".[7]

8. Estas expressões, que desenham com tanta amplitude o alcance do princípio da legalidade, ajustam-se com perfeição ao Direito brasileiro – como se dirá a breve trecho. Curiosamente, entretanto, nem sempre retraçam com exato rigor a compostura deste princípio na maioria dos sistemas europeus continentais, sob cuja égide os autores citados as enunciaram. Deveras, o princípio da legalidade, como é óbvio, tem, em cada país, o perfil que lhe haja atribuído o respectivo Direito Constitucional. Assim, em alguns será estrito, ao passo que em outros possuirá certa flexibilidade, da qual resulta, para a Administração, um campo de liberdade autônoma, que seria juridicamente inimaginável ante nossas Constituições.

Tanto na França, por exemplo (e sobretudo nela), como na Alemanha, na própria Itália ou mesmo em Portugal e Espanha, a esfera

4. *Traité des Actes Administratifs*, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69.
5. Renato Alessi, ob. cit., p. 9.
6. *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Atlântida, 1968, p. 9.
7. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder*, cit., p. 19.

em que a Administração pode se manifestar com alguma desenvoltura em relação à lei é incomparavelmente maior do que no Brasil. Com efeito, nestes países, por forte tradição constitucional e por razões históricas que aqui não vêm ao caso, o Executivo pode expedir, além dos regulamentos "executivos", de *mera execução de uma dada lei*, outras variedades de regulamentos, os quais ensejam que a Administração discipline certas matérias ora com prescindência de lei, em alguns deles, ora esforçada apenas em disposições legais que implicam verdadeiras delegações legislativas.

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.[8]

Nos termos do art. 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Aí não se diz "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou

8. Demonstração flagrante da renitência do autocratismo tradicional do Brasil e até mesmo – desgraçadamente – da inanidade dos esforços em buscar dar foros de civilização aos nossos costumes políticos bem se demonstra no seguinte. Recém-nascida a Constituição de 1988, nem bem egressos do último longo período de ditadura, o ex-Chefe do Poder Executivo, o malsinado Fernando Collor, embora eleito diretamente e mal tendo acabado de jurar a Constituição, tripudiava em abertas e publicadas sobre seus dispositivos. Contravinha às claras a tripartição do exercício do Poder e pisoteava os direitos e garantias individuais enquanto os distintos segmentos sociais e institucionais assistiam catatônicos ao naufrágio dos mais comezinhos princípios do Estado de Direito. E então nem mesmo se podia alegar a força dos canhões para justificar a irresistibilidade dos desmandos, que se apresentavam com a fisionomia de uma ditadura consentida, conquistada no grito, segundo o melhor estilo do rançoso estereótipo de machismo latino-americano. É certo que acabou por ser defenestrado; não, porém, em razão dos agravos à democracia, e sim por falta de decoro e envolvimento em uma vaga de corrupção matizada por tons novelescos e, bem por isto, prestantes para galvanizar a opinião pública, com os efeitos daí decorrentes.

impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se *em lei* já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

Além dos arts. 5º, II, e 84, IV, donde resulta a compostura do princípio da legalidade no Brasil, o art. 37 faz sua expressa proclamação como cânone regente da Administração Pública, estatuindo: "A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)".

Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros.

Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno da atividade administrativa, basta examinar atentamente o art. 84, IV, da Lei Magna. De acordo com ele, compete ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir *decretos e regulamentos para sua fiel execução*". Evidencia-se, destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar *execução fiel da lei*. Ou seja: *pressupõem sempre uma dada lei* da qual sejam os *fiéis executores*.

9. Nos dois versículos mencionados estampa-se, pois, e com inobjetável clareza, que administração é atividade subalterna à lei; que se subjuga inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro.[9]

9. Não se imagine que o art. 84, VI (com a redação que lhe deu a EC 32, de 11.9.2001) confere ao Presidente da República uma esfera de liberdade que excepciona o que se disse. Ali se estatui que o Chefe do Executivo pode "dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos". É claro que a disciplina resultante do exercício desta competência não poderá implicar imposição a terceiros de obrigações de fazer ou deixar de fazer, pois a tanto se oporia o art. 5º, II, já mencionado. Logo, o que o art. 84, VI, faculta é que o Executivo proceda, ***no interior dos***

É preciso cuidado, pois, para não incidir no equívoco – frequente entre nós – de falar do Direito alienígena, abeberado em doutrinadores europeus, imaginando que as lições neles ensinadas à vista dos respectivos sistemas constitucionais têm aplicação possível em nosso Direito, e – mencionando-os ou não – transplantar conceitos exógenos que não se afinam com a Lei Magna do país.[10] É o que, lamen-

esquemas já legalmente traçados de maneira genérica, quer no que atina a *competências*, quer no que atina à *organização básica* na lei formulada, a *ulteriores subdivisões*, isto é, partições ***na intimidade dos mesmos órgãos***, de tal sorte que as atribuições, já estatuídas em lei para aquele órgão, sejam internamente distribuídas, pois não pode criar órgãos novos nem extinguir os preexistentes. Competências outras não podem ser instituídas *ex novo*, pois, se o fossem, os poderes nelas previstos, quando exercidos, gerariam para os assujeitados obrigações de fazer ou deixar de fazer em virtude de regulamento e não de lei. Quanto às disposições sobre o funcionamento da Administração Federal, não passam de simples manifestação de poder hierárquico, o qual, é bem de ver, só pode ser exercido em consonância com a legalidade. A novidade está em que pode extinguir cargos ou funções, desde que vagos.

10. Tais equívocos seriam particularmente nocivos e perigosos, pois quaisquer enganos dos quais resultem mais poderes para o Executivo são muito bem-aceitos no País. É que o Brasil mal conhece instituições políticas democráticas. Desde 1500 – quando foi descoberto – até o presente não experimentou mais do que pouquíssimos anos de cambaleante democracia política, o que ocorreu entre 1946 e 1964, e desde 1986 (democracia social, até o advento das espetaculares realizações do governo do Presidente Lula, não teve um único dia). Com efeito, durante o período colonial e imperial é óbvio que não se cogitava de democracia. Durante a República Velha, sabidamente, também não houve espaço para sua implantação e as eleições "a bico de pena" cuidavam zelosamente de impedir-lhe o nascimento. Sobrevindo a Revolução de 1930 e subsequente implantação da ditadura getulista, o País continuou insciente do que seria este regime, só conhecido nos países civilizados. Finalmente, com a Constituição de 1946 desvendou-se para nós o mundo até então desconhecido da democracia. Contudo, em 1º de abril de 1964 o Golpe Militar se encarregou de desvanecer estes sonhos, implantando nova ditadura (a dos generais), que se manteve até 1986, em seu final disfarçada por configuração mais branda. Só aí, então, iria reencetar-se a experiência democrática, e ainda assim tisnada por uma infindável sucessão de decretos-leis, primeiramente, e depois de medidas provisórias, uns e outras de inconstitucionalidade óbvia, mas sempre recebidos com exemplar naturalidade por todo o País.

Registre-se que o penúltimo Chefe do Poder Executivo, o segundo Fernando, do início de seu primeiro mandato até o mês de agosto de 1999, expediu 3.239 medidas provisórias (inconstitucionalmente, é claro), o que corresponde a uma média de quase 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo (isto é, excluídos feriados, sábados e domingos). Inversamente, no período foram editadas pelo Congresso apenas 854 leis (entre ordinárias e complementares). Vê-se, pois, que o Parlamento foi responsável tão só por pouco mais de uma quarta parte das "leis", pois os quase 3/4 restantes são obra *exclusiva* do Executivo. De resto, dentre as 3.239 medidas provisórias referidas, apenas 89 delas – ou seja, 2,75% – foram aprovadas pelo Congresso e convertidas em lei. Em suma: vigoraram entre nós ***97,25% de medidas provisórias não aprovadas pelo Congresso***, *em despeito de o Texto Constitucional literalmente deter-*

tavelmente, se passa, *e.g.*, quando aqui se faz menção a regulamentos independentes, autônomos ou expedidos para execução de *leis em geral*, e não de uma dada e específica lei.

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios* e *formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

10. A integral vigência do princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição perante circunstâncias excepcionais mencionadas expressamente na Lei Maior. Isto sucede em hipóteses nas

minar, como foi dito e reiterado, que tais medidas, se não aprovadas pelo Congresso em 30 dias, perdem a eficácia desde o início de sua expedição. Com a Emenda Constitucional 32, de 11.12.2001, todas elas foram salvaguardadas, o que, provavelmente não teria sido estabelecido se não existisse a consciência de que eram inconstitucionais. O art. 2º da sobredita Emenda dispôs: "As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional". O governo do Presidente Lula continuou com a mesma prática repugnante ao Direito. Diante deste panorama devastador, mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil, pelo menos até então, só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito e, pois, em Democracia, pois nem mesmo o órgão máximo encarregado de defender a Constituição – isto é, o Supremo Tribunal Federal – fulminava estas medidas provisórias grosseiramente inconstitucionais. Não desejando contrariar o Poder Executivo, fazia piruetas exegéticas para se eximir de examinar-lhes o ajustamento à Lei Magna.

Assim, não é de surpreender que exista uma espontânea e ingênua tendência de reconhecer ao Executivo poderes muito maiores do que os que lhe derivavam da Constituição. Também por isso a Administração Pública sempre foi autoritária e sempre esbanjou exibição de poderes que nunca teve, nem mesmo em face dos documentos autocráticos que lhe municiavam o despotismo nos períodos mais obscurantistas. Por tudo isto, o princípio da legalidade administrativa esteve quase sempre submergido ou periclitante. Logo, sobre ser juridicamente inexato, é também de manifesta inconveniência deformar a fisionomia que tem em nossas Constituições pela importação de institutos (como certos regulamentos do Direito europeu) que, em face de tradição diversa, em seus países de origem não oferecem perigo ou malefício algum para democracias experientes, nas quais existe consciência de cidadania e da utilidade da tripartição do exercício do Poder.

quais a Constituição faculta ao Presidente da República que adote providências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas, excepcionais, exigentes de atuação sumamente expedita, ou eventos gravíssimos que requerem atuação particularmente enérgica. É o caso tão só das "medidas provisórias" (previstas no art. 62 e parágrafos), da decretação do "estado de defesa" (regulado no art. 136) e do "estado de sítio" (disciplinado nos arts. 137 a 139). Delas se falará ao final do capítulo.

3º) Princípio da finalidade

11. Por força dele a Administração subjuga-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela. O nunca assaz citado Afonso Queiró averbou que "o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma". Daí haver colacionado as seguintes excelentes observações, colhidas em Magalhães Colaço: "o espírito da lei, o fim da lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei".[11]

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado "desvio de poder" ou "desvio de finalidade" – são *nulos*. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*.

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração. Bem por isso Caio Tácito apostilou, com louvável exatidão: "A destinação da competência do agente precede a sua investidura. A lei não concede autorização de agir sem um objetivo

11. *Reflexões sobre a Teoria* ..., cit., p. 72.

próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inconsequente; ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo".[12] Cirne Lima, avisadamente, já advertira que é traço característico da atividade administrativa "estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita".[13] De resto, aduziu ainda: "A relação de administração somente se nos depara no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida pela ordem jurídica contra o próprio agente e contra terceiros".[14]

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que "o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato".[15] É que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estribe em uma ou outra atribuição conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: "A regra de competência não é um cheque em branco".[16]

Em suma: a finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la. Por isso não se pode conceber o princípio da legalidade sem encarecer a finalidade quer de tal princípio em si mesmo, quer das distintas leis em que se expressa.

12. Pelo quanto se disse, já se nota que a raiz constitucional do princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, estampado no art. 37 da Lei Magna. Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiada-

12. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 80 e 81.
13. Ob. cit., p. 21.
14. Ob. cit., p. 52.
15. Cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 225, n. 260.
16. Ob. cit., p. 5.

mente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete. Pode-se dizer, contudo, que há outro dispositivo constitucional que lhe serviria de referência específica, embora implícita. É o art. 5º, LXIX, no qual se prevê o mandado de segurança. Ali se diz cabível sua concessão contra ilegalidade ou "abuso de poder". Abuso de poder é o uso do poder além de seus limites. Ora, um dos limites do poder é justamente a finalidade em vista da qual caberia ser utilizado. Donde, o exercício do poder com desvirtuamento da finalidade legal que o ensancharia está previsto como censurável pela via do mandado de segurança.

4º) Princípio da razoabilidade

13. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discrição) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.

Deveras: se com outorga de discrição administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda –, é porque

através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

14. Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o "mérito" do ato administrativo, isto é, o campo de "liberdade" conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita "liberdade" é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Certamente cabe advertir que, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetável qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que, existindo discrição, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada.

Sem embargo, o fato de não se poder saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, *sobre não ser a melhor, não é sequer comportada na lei em face de uma dada hipótese*. Ainda aqui cabe tirar dos magistrais escritos do mestre português Afonso Rodrigues Queiró a seguinte lição: "O fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é". Examinando o tema da discrição administrativa, o insigne administrativista observou que há casos em que "só se pode dizer o que no conceito não está abrangido, mas não o que ele compreenda". Referindo-se aos dois tipos de conceitos demarcadores da competência para a prática de

atos administrativos, disse: "no primeiro pode dizer-se o que ela é, no segundo apenas o que ela não é".[17]

5º) Princípio da proporcionalidade

15. Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua *inadequação* ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulminàveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.

16. Para José Roberto Pimenta Oliveira, em sua aprofundada e notável monografia sobre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, há uma fungibilidade entre eles. Anota, como às vezes o faz a doutrina, que: "É possível verificar que do mesmo modo em

17. *Reflexões sobre a Teoria* ..., cit., p. 79.

que o 'direito administrativo' existente no âmbito da *common law* desenvolveu historicamente a noção jurídica do *razoável*, enquanto *standard*, na sindicabilidade judicial da discrição administrativa nos quadros do *rule of law*, os sistemas da família jurídica *romano-germânica* (*civil law*) encontraram na noção do *proporcional* equivalente instrumental axiológico para promover a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos no seio do *Estado de Direito*".[18]

Sem em nada contender esta indicação das origens de cada qual, estamos em que tais princípios não se confundem inteiramente. Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Conforme expressões de Canotilho, a adequação "impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes"; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que "o cidadão tem direito à menor desvantagem possível" e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é "entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".[19]

Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da

18. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 2006, p. 192.

19. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 269 e 270.

conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele. Disse Black que tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém.[20]

6º) Princípio da motivação

17. Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto, como nas licitações.

18. O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto

20. Henry Campbell Black, *Handbook on Construction and Interpretation of Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1896, p. 62: "It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as, what is expressed".

no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do "porquê" das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática[21] – e outra não se concebe em um Estado que se declara "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, *caput*) –, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodiamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, "construir" motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado.

Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.

21. Alberto Ramón Real, "La fundamentación del acto administrativo", *RDP* 6/17.

7º) Princípio da impessoalidade

19. Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como "todos são iguais perante a lei" (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.

No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade. Idem, no art. 37, XXI, ao estabelecer que os contratos com a Administração direta e indireta dependerão de licitação pública que assegure igualdade de todos os concorrentes. O mesmo bem jurídico também está especificamente resguardado na exigência de licitação para permissões e concessões de serviço público (art. 175).

8º) Princípio da publicidade

20. Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Lei Magna, regulamentado por uma importantíssima lei, a de n. 12.527, de 18.11.2011,[22] ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à *informação* sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, "b", este último para o caso específico de certidão

22. V., a respeito, entre outros, o excelente artigo de Weida Zancaner em obra coletiva intitulada *Acesso à Informação Pública*, organizada por Rafael Valim, Belo Horizonte, Forum, 2012 (no prelo).

(a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme a Lei 9.051, de 18.5.1995) para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Além disso, o mesmo art. 5º, no inciso LXXII, confere a garantia do *habeas data* para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados.

Na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, precitado, quando "imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado".

De acordo com a precitada Lei 12.527, o direito à informação incide sobre quaisquer entidades governamentais, bem como entidades privadas que recebam recursos públicos, ressalvadas apenas as estatais exploradoras de atividade econômica, na forma do art. 173 da Constituição Federal, no que estiverem elas vinculadas às exigências de sigilo comercial necessário ao exercício da competição empresarial.

Têm direito ao sobredito acesso, ademais gratuito – e a ser satisfeito no prazo máximo de vinte dias prorrogáveis, motivadamente, por mais dez – quaisquer cidadãos ou pessoas jurídicas. Compreende-se no conceito de informação, de acordo com o art. 4º da lei em causa, entre outros, "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato". Independentemente de solicitação de quem quer que seja, ficam obrigados a divulgar e disponibilizar as informações de interesse coletivo ou geral os órgãos e entidades que as detenham, com ressalva apenas do direito à intimidade e dos elementos que possam comprometer a segurança nacional.

Como conclui Weida Zancaner em magnífico artigo sobre o tema, da íntegra da lei deflui o claro objetivo de *tornar transparente toda a atividade estatal*, inclusive seus planos de governo e a forma de implementá-los, fazendo-o através de fácil acesso deles a toda a Sociedade. Pretende-se, dessarte, romper com a cultura de sigilo comum no Poder Público, sobretudo nos chamados "anos de chumbo", isto é, os da ditadura militar, substituindo-a pela cultura da transparência. Daí, a mais extrema importância desta lei, que pode vir a ser um marco de uma nova era administrativa no País.

9º) Princípios do devido processo legal e da ampla defesa

21. Os referidos princípios, da mais extrema importância – e que viemos a incluir nesta relação por oportuna advertência de Weida Zancaner –, consistem, de um lado, como estabelece o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e, de outro, na conformidade do mesmo artigo, inciso LV, em que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Note-se que "privar" da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do art. 5º, demanda contraditório e ampla defesa.

Os princípios aludidos não devem ser tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes que, de outra sorte, ficariam comprometidos.

Entendê-los de maneira tão radical implicaria olvidar a sempre lembrada lição de Carlos Maximiliano: "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".[23]

23. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Forense, 1995, p. 103.

Deles decorre, entretanto, que, nos casos em que a urgência demande postergação *provisória* do contraditório e ampla defesa, a Administração, *de regra*, não poderá por si mesma tomar as providências constritivas – e seria inconstitucional lei que a autorizasse –, pois deverá recorrer ao Poder Judiciário, demandando que as determine liminarmente.

Deveras, é neste foro, imparcial e isento, que haverão de ser consideradas as medidas pretendidas a serem cautelarmente impostas à margem de contraditório e ampla defesa. Admitir-se-á, contudo, ação imediata da *própria Administração* sem as referidas cautelas apenas e tão somente quando o tempo a ser consumido na busca da via judicial inviabilizar a proteção do bem jurídico a ser defendido. Finalmente, toda providência administrativa destarte adotada, além de cifrar-se ao indispensável, só perdurará, tratando-se de medida de efeito continuado, pelo tempo inafastavelmente necessário e, em qualquer caso, será de imediato sucedida pela instauração do devido processo, do contraditório e da ampla defesa. É lógico, ademais, que qualquer demasia ou excesso acarretarão responsabilidade do Estado e do agente que haja procedido com dolo ou culpa.

22. A origem longínqua do "devido processo legal" (o *due process of law*), como se sabe, remonta à Magna Carta que João-sem-Terra, em 1215, foi compelido a conceder aos barões. Em seu art. 39 este documento feudal assegurava que nenhum homem livre teria sua liberdade ou propriedade sacrificadas salvo na conformidade da *law of the land*. Tratava-se, na verdade, de uma defesa contra o arbítrio real e a consagração de um direito a julgamento, efetuado pelos próprios pares, na conformidade do Direito costumeiro (a "lei da terra"), ou seja: o Direito assente e sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimiam a *common law*. Esta expressão *law of the land*, cerca de um século depois, sob Eduardo III, em 1354, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, foi substituída por *due process of law*.

Ao transmigrar-se para as colônias americanas nelas prevaleceu, antes e depois da Independência, a expressão *law of the land*, até a Constituição de Nova York de 1821, que foi a primeira a incorporar em seu texto a dicção *due process of law*. Esta última terminologia, entretanto, que seria, a final, definitivamente consagrada, já havia entrado na Constituição norte-americana, através da Emenda V, aprovada em 1789 e ratificada pelos Estados em 15.12.1791. Inicialmente concebida como garantia puramente processual (*procedu-*

ral due process), evoluiria ao depois, mediante construção pretoriana da Suprema Corte norte-americana, para converter-se em garantia também substancial (*substantive due process*), conforme abertura possibilitada pela Emenda XIV (*equal protetion of the laws*), abrigando e expandindo a ideia de resguardo da vida, da liberdade e propriedade, inclusive contra legislação opressiva, arbitrária, carente de razoabilidade.[24]

Demais disto, como anota Carlos Roberto Siqueira Castro: "Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro".[25]

De seu turno, Ada Pellegrini, citando Comoglio, expõe que, na conformidade da lição do autor, entre as consequências do elemento "igualdade", ínsito na noção de devido processo legal, contam-se as de que: "os princípios constitucionais de probidade processual aplicam-se sempre que o indivíduo possa sofrer uma perda quanto à vida, à liberdade ou à propriedade, independentemente da natureza do órgão perante o qual a *deprivation* deva concretamente efetivar-se"; e, demais disto, que, "consequentemente, a cláusula é requisito de constitucionalidade no tocante a qualquer procedimento (mesmo administrativo, tributário ou arbitral) pelo qual

24. Cf., ao respeito, na doutrina nacional, entre outros, dos quais recolhemos estas anotações: Ada Pellegrini Grinover, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, Ed. RT, 1973, Capítulos I, II e III; Carlos Roberto Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, Capítulos II e III; Adhemar Ferreira Maciel, "*Due process of law*", in *Perspectivas do Direito Público*, obra coletiva de *Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, pp. 409-418; Lúcia Valle Figueiredo, "Princípios constitucionais do processo", *RTDP* 1/118, 1993; "O devido processo legal e a responsabilidade do Estado ...", *RTDP* 11/5, 1995, e "Estado de Direito e devido processo legal", *RTDP* 15/35, 1996; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, "Devido processo legal e o procedimento administrativo", *RTDP* 18/34, 1997; Cármen Lúcia Antunes Rocha, "Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro", *RTDP* 17/6, 1997; e Geraldo Brindeiro, "O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito", *RTDP* 19/50, 1997.

25. Ob. cit., pp. 40 e 41.

possa ocorrer a perda de direitos individuais constitucionalmente garantidos".[26]

Compreende-se que tenha ocorrido a completude desta trajetória no Estado de Direito, pois é de sua essência o enquadramento da conduta estatal dentro de limites jurídicos, tanto materiais como formais. O próprio do Estado de Direito é subordinar o exercício do poder público à obediência de normas adrede concebidas para conformar-lhe a atuação, prevenindo, destarte, seu uso desatado ou descomedido. Deveras, o propósito nele consubstanciado é o de oferecer a todos os integrantes da Sociedade a segurança de que não serão amesquinhados pelos detentores do Poder nem surpreendidos com medidas e providências interferentes com a liberdade e a propriedade sem cautelas preestabelecidas para defendê-las eficazmente.

Tal enquadramento da conduta estatal em pautas balizadoras, como se disse e é universalmente sabido, concerne tanto a aspectos *materiais* – pelo atrelamento do Estado a determinados fins antecipadamente propostos como os validamente perseguíveis – quanto a aspectos *formais*, ou seja, relativos ao preestabelecimento dos meios eleitos como as vias idôneas a serem percorridas para que, através delas – e somente através delas –, possa o Poder Público exprimir suas decisões. Estes últimos dizem com a prévia definição dos *processos* que canalizarão as manifestações estatais. A indicação das *formas adequadas* para aportar nos fins buscados define o *modus procedendi* obrigatório para o Poder Público, com o quê sua atuação fica inserida na intimidade de uma trilha cujo percurso correto é a maior garantia para o cumprimento dos bens jurídicos que o Estado de Direito visa a resguardar.

Não por acaso disse Ihering: "Inimiga jurada do arbítrio a forma é a irmã gêmea da liberdade".[27]

Na mesma linha de ideias, vale colacionar algumas judiciosas averbações da eminente publicista Cármen Lúcia Antunes Rocha: "A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder. (...). O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à

26. Ob. cit., pp. 40 e 41.

27. *L'Esprit du Droit Romain*, 3ª ed., revista e corrigida, t. 3º, Paris, Librairie Marescq Ainê, 1887, p. 164.

observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo". E, pouco além: "Fora daí, não há solução para a barbárie e para a descrença no Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia nas instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma *efetiva justiciabilidade*".[28]

10º) Princípio da moralidade administrativa

23. De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa.[29] Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Acresça-se que, nos termos do art. 85, V, da Constituição, atentar contra a "probidade na administração" é hipótese prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, fato que en-

28. "Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro", *RTDP* 17/5-7, 1997.

29. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, 1983.

seja sua destituição do cargo. De resto, os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos "imporão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (art. 37, § 4º).

Além disto, o princípio da moralidade administrativa acha-se, ainda, eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente (...)" etc.

Márcio Cammarosano, em monografia de indiscutível valor, sustenta que o princípio da moralidade não é uma remissão à moral comum, mas está reportado aos valores morais albergados nas normas jurídicas.[30] Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

11º) Princípio do controle judicial dos atos administrativos

24. No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados.

É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comporta-

30. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*, Belo Horizonte, Forum, 2006.

mentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.

12º) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos

25. De acordo com nosso Direito, a responsabilidade do Estado é ampla e generosamente contemplada no próprio Texto Constitucional. O art. 37, § 6º, estabelece que: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A dicção deste preceito autoriza as seguintes conclusões:

a) a responsabilidade do Estado aplica-se indistintamente a quaisquer das funções públicas, não estando restrita a danos provenientes de atos administrativos;

b) posto que existe direito de regresso contra o agente responsável nos *casos de dolo ou culpa* – e não em outros –, é porque cabe responsabilização estatal também em hipóteses nas quais inexista dolo ou culpa. Isto é, está acolhida, conforme pacífico entendimento jurisprudencial (assentado em textos constitucionais anteriores desde 1946 e nisto não discrepantes do atual), a responsabilidade *objetiva do Estado*;

c) dita responsabilidade objetiva, entretanto, *só está consagrada constitucionalmente para atos comissivos do Estado*, ou seja, para os comportamentos *positivos* dele. Isto porque o texto menciona "danos que seus agentes *causarem*". A omissão, rigorosamente falando, não é causa de dano, conquanto seja certo que *condiciona e irresistivelmente* sua ocorrência nos casos em que, se houvesse a ação, o dano seria evitado. Assim, parece-nos – e também nisto acatamos reverentemente os ensinamentos doutrinários sempre luminosos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[31] – que a regra em nosso Direito Constitucional é a da responsabilidade objetiva para os comportamentos comissivos do Estado e, salvo casos excepcionais, responsabilidade *subjetiva* (por culpa do serviço) para os comporta-

31. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 478 e ss., notadamente pp. 486 e 487.

mentos omissivos: a saber, quando o Estado, *devendo* legalmente agir para evitar um dano e, *podendo fazê-lo*, não o fez ou não o fez tempestiva ou eficientemente;

d) estes mesmos critérios de responsabilidade concernem também – como está explícito no referido art. 37, § 6º – às pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público.

13º) Princípio da boa administração

26. A Constituição se refere, no art. 37, ao princípio da eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da "boa administração".[32] Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa "do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto".[33] Tal dever, como assinala Falzone, "não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico".[34] Em obra monográfica, invocando lições do citado autor, assinalamos este caráter e averbamos que, nas hipóteses em que há discrição administrativa, "a norma só quer a solução excelente".[35] Juarez Freitas, em oportuno e atraente estudo – no qual pela primeira vez entre nós é dedicada toda uma monografia ao exame da discricionariedade em face do direito à boa administração –, com precisão irretocável, afirmou o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração.[36]

32. Consulte-se ao respeito a excelente monografia de Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Milão, Giuffrè, 1953.

33. Ob. cit., p. 64.

34. Ob. cit., p. 87.

35. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir., Malheiros Editores, 2012, p. 37.

36. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 2ª ed., Malheiros Editores, 2009, p. 42.

14º) Princípio da segurança jurídica

27. Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.

Enquadra-se, então, entre os princípios gerais de Direito, dos quais o nunca assaz citado Eduardo García de Enterría disse, com irretocável perfeição: "Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones".[37]

Deveras, princípios gerais de Direito são vetores normativos *subjacentes* ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como *uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento*. É que os diversos institutos nele compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.

Com efeito, nas palavras de O. A. Bandeira de Mello, tais princípios "se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico" ou traduzem "o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira", são "as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado", conquanto não se achem expressadas em texto legal específico. No exemplário de tais princípios gerais o autor menciona, entre outros, o de que ninguém deve ser punido sem ser ouvido, o do *enriquecimento sem causa*, o de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia etc.[38]

Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas

37. *Curso de Derecho Administrativo*, obra conjunta com Tomás-Ramón Fernández, Thomson-Civitas, Madri, 14ª ed., vol. I, 2008, p. 484.

38. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 420 e 421.

possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Esta "segurança jurídica" coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Bem por isto, o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma constante mutação, para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos.

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pre-

tensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.[39]

28. Ao cabo desta exposição, nada mais resta senão arrolar simplesmente os princípios enumerados e suas bases constitucionais:

1) *Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* (fundamenta-se na própria ideia de Estado);

2) *Princípio da legalidade* (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV);

3) *Princípio da finalidade* (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade);

4) *Princípio da razoabilidade* (estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade e finalidade);

5) *Princípio da proporcionalidade* (por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apoia nos citados fundamentos);

6) *Princípio da motivação* (arts. 1º, II e parágrafo único, e 5º, XXXV);

7) *Princípio da impessoalidade* (arts. 37, *caput*, e 5º, *caput*);

8) *Princípio da publicidade* (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII e XXXIV, "b");

9) *Princípios do devido processo legal e da ampla defesa* (art. 5º, LIV e LV);

10) *Princípio da moralidade administrativa* (arts. 37, *caput* e § 4º, 85, V, e 5º, LXXIII);

11) *Princípio do controle judicial dos atos administrativos* (art. 5º, XXXV);

12) *Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos* (art. 37, § 6º);

13) *Princípio da eficiência* (art. 37, *caput*) e

14) *Princípio da segurança jurídica.*

39. Registre-se que o tema da segurança jurídica foi magistralmente tratado, como de hábito, aliás, pelo notável publicista gaúcho Almiro do Couto e Silva em artigo precioso denominado "O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/1999)", publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 27/33 e ss., n. 57, supl.

II. Restrições excepcionais ao princípio da legalidade

a) Medidas provisórias

29. "Medidas provisórias", como resulta das alterações introduzidas no art. 62 e parágrafos, da Constituição, pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001, são providências (como o próprio nome diz, *provisórias*) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, "em casos de relevância e urgência", e que terão "força de lei", cuja eficácia, entretanto, será eliminada *desde o início* se o Congresso Nacional, a quem serão *imediatamente submetidas*, não as converter em lei dentro do prazo – que não correrá durante o recesso parlamentar – *de 120 dias* contados a partir de sua publicação.

O que as regula, então, é o art. 62, agora compreensivo de doze parágrafos.[40]

40. Este é o teor do art. 62 e seus parágrafos:

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II – que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III – reservada a lei complementar; IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. § 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. § 3º. As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. § 4º. O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. § 5º. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. § 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º. Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada

Vejamos as características que lhes são de reconhecer ante o teor dos versículos mencionados e em face do próprio sistema constitucional como um todo.

30. Conquanto o § 3º do art. 62 reporte-se a uma perda de eficácia das medidas provisórias *desde a edição*, se não forem convertidas em lei no decurso de uma dilação de *60 dias*, esta consequência na verdade só ocorre, como acima averbamos, *se, vencido o transcurso de 120 dias, ainda não tiver havido a conversão*. Isto porque o próprio parágrafo em apreço estatui que os mencionados 60 dias são prorrogáveis, nos termos do § 7º, por igual período, uma única vez. Ora, este último, conforme se depreende de sua linguagem, torna referida prorrogação *automática* caso o Congresso Nacional não haja encerrado em 60 dias a votação que rejeitará ou converterá em lei a medida provisória, com o que eleva o prazo fatal de perda de eficácia por decurso de prazo para 120 dias.[41] É óbvio, de outra parte, que, independentemente de quaisquer destes prazos, tão logo as tenha conhecido, o Parlamento poderá rejeitá-las mediante correspondente tramitação.

A deliberação do *plenário de cada uma das Casas do Congresso* sobre o mérito de medida provisória dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (§ 5º) e iniciar-se-á na Câmara dos Deputados (§ 8º), sendo antes precedida de parecer emitido por Comissão Mista de deputados e senadores (§ 9º).

nas duas Casas do Congresso Nacional. § 8º. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. § 9º. Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto."

41. Poder-se-ia perguntar por que, então, o texto falou em 60 dias, ao invés de 120. A única resposta que nos acode ao espírito é que a menção à metade do prazo real teria sido feita com o intento de iludir a opinião pública e inúmeros congressistas pouco avisados, para dar a impressão de que apenas se estava a dobrar, ao invés de quadruplicar, como de fato ocorreu, o prazo previsto anteriormente à Emenda Constitucional que modificou o tratamento da matéria.

"Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando" (§ 6º).

Caso a medida provisória seja rejeitada, ou se perder a eficácia pelo decurso de prazo, o Congresso deverá regular, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes (§ 3º); e se não o fizer em 60 dias após a rejeição ou a perda da eficácia, ditas relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas (§ 11).

Medida provisória rejeitada ou cuja eficácia se tenha perdido por decurso de prazo não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa (§ 10), obviedade esta que precisou ser explicitada, porquanto, antes da Emenda Constitucional 32, o Executivo, com exemplar desfaçatez, incorria regularmente nesta conduta teratológica, confortado pela aberrante complacência que o Legislativo e o Supremo Tribunal Federal lhe dispensavam.[42]

31. Conforme arrolamento dos incisos I a IV do § 1º do art. 62, não podem ser editadas medidas provisórias relativas a: "I – a) na-

42. Embora não houvesse vedação expressa (como hoje há), a reedição de medida provisória já era manifestamente incompatível com a índole deste instituto, o que poderia ser percebido por qualquer pessoa que dispusesse de inteligência normal e rudimentos de Direito, em face das disposições do art. 62 e seu parágrafo único, dispositivos estes que eram os reguladores da matéria. De acordo com eles: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que estando em recesso será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes". Deveras, era evidente – e da mais solar evidência – que *medidas provisórias não poderiam ser reiteradas ante os mesmos fatos e situações*. Com efeito, posto que a Constituição as denominou "provisórias" e as colocou, tão logo publicadas, ao inteiro líbito do Congresso; posto que estabeleceu, ainda, um *prazo máximo de trinta dias* para que suas disposições adquirissem caráter permanente, "se convertidas *em lei*", ou para que perdessem a eficácia desde o início se lhes faltasse este aval parlamentar, resultava cristalinamente claro que a falta dele implicava repúdio à medida expedida. Aduza-se que graças às atrevidas e disparatadas reedições o Presidente poderia manter vigorante para sempre (e foi o que fez) medidas provisórias que o Congresso recusava converter em lei, bastando para tanto republicá-las a cada trinta dias! Com isto houve completo desnaturamento não só do instituto, mas das funções próprias do Executivo e do Legislativo, e a tripartição do poder – suposta base de nosso sistema – perdeu qualquer significação efetiva.

cionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;[43] II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III – reservada à lei complementar; IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República".

Anote-se que, a teor do § 2º, a medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos só produzirá efeitos no exercício seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia do exercício em que foi editada, a menos que se trate de imposto de importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; impostos extraordinários, na iminência ou no caso de guerra externa.

Registre-se também que, de acordo com o § 12, a medida provisória objeto de projeto de lei de conversão aprovado e que lhe altere o texto original, manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Finalmente, anote-se que de acordo com o art. 2º da referida Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001, as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.[44]

32. Convém desde logo acentuar que as medidas provisórias são profundamente diferentes das leis – e não apenas pelo órgão que as

43. O dispositivo em apreço contempla "a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública".

44. Note-se que a Emenda Constitucional não disse que validava ou convalidava as anteriores medidas provisórias, mas simplesmente que estas continuariam em vigor até que fossem ulteriormente revogadas. Ou seja: houve um pronunciamento quanto ao tópico da persistência de sua existência jurídica, não sobre sua validade, assunto este que poderia e poderá sempre ser suscitado ante o Poder Judiciário. É que praticamente todas as medidas provisórias até hoje editadas foram inconstitucionais por ignorarem os requisitos de "interesse público relevante e urgência".

emana. Nem mesmo se pode dizer que a Constituição foi tecnicamente precisa ao dizer que têm "força de lei". A compostura que a própria Lei Magna lhes conferiu desmente a assertiva ou exige que seja recebida *cum grano salis*.

A *primeira diferença* entre umas e outras reside em que as medidas provisórias correspondem a uma forma *excepcional* de regular certos assuntos, ao passo que as leis são via normal de discipliná-los.

A *segunda diferença* está em que as medidas provisórias são, por definição, *efêmeras*, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado, ao contrário das medidas provisórias, cuja duração máxima já está preestabelecida na Constituição: 120 dias.

A *terceira diferença* consiste em que as medidas provisórias são *precárias*, isto é, podem ser infirmadas pelo Congresso a qualquer momento dentro do prazo em que deve apreciá-las, em contraste com a lei, cuja persistência só depende do próprio órgão que a emanou (Congresso).

A *quarta diferença* resulta de que a medida provisória não confirmada, isto é, não transformada em lei, perde sua eficácia desde o início; esta, diversamente, ao ser revogada, apenas cessa seus efeitos *ex nunc*.

Por tudo isto se vê que a força jurídica de ambas *não é a mesma*.

Finalmente, a *quinta e importantíssima diferença* procede de que a medida provisória, para ser expedida, depende da ocorrência de certos pressupostos, especificamente os de "relevância e urgência", enquanto, no caso da lei, a relevância da matéria *não é condição para que seja produzida*; antes, passa a ser de direito relevante tudo o que a lei houver estabelecido. Demais disso, inexiste o requisito de urgência.

Em virtude do exposto, seria erro gravíssimo analisá-las como se fossem leis "expedidas pelo Executivo" e, em consequência, atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normatizadoras equivalentes às das leis.

Com efeito, as características assinaladas revelam que as medidas provisórias não são uma alternativa aberta ao Executivo para obter a regulação de matérias que desdenhe submeter ao Legislativo pelo procedimento normal, ou seja, valendo-se do poder de iniciativa das leis que lhe confere o art. 61.

Por serem, como visto, *excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perder eficácia desde o início e cabíveis* apenas *ante questões relevantes* que demandem *urgente* suprimento, é óbvio que só podem ser expedidas quando (*a*) situação muito grave reclame providências imediatas, que tenham de ser tomadas incontinenti, pena de perecimento do interesse público que devem suprir, e (*b*) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário.

Profundemos as razões que embasam as conclusões indicadas. Já que são *excepcionais*, ou seja, fórmulas atípicas, anômalas, de introduzir normas primárias, só admissíveis para atender a interesses *relevantes*, resulta imediatamente claro que não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é, *ipso facto, relevante*. Donde – e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis – há de se entender que a menção do art. 62 à "relevância" implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só ante *casos graves*, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias. Isto, entretanto, não é o suficiente para o cabimento delas. Cumpre, ademais, que a cura de tal interesse deva ser feita sem retardamento algum, à falta do quê a sociedade expor-se-ia a sérios riscos ou danos. Em suma: é preciso que exista a "urgência" a que alude o art. 62.

33. Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumar-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.

Acresce que, ante o Texto Constitucional, existe ainda um parâmetro suplementar: para os fins do art. 62 não será em hipótese alguma configurável como urgente aquilo que possa aguardar, sem comprometimento do interesse público, o prazo necessário para que o Congresso Nacional aprecie projeto de lei de iniciativa do Executivo para o qual este haja solicitado o regime de tramitação urgente previsto nos §§ 1º a 4º do art. 64. De acordo com o § 2º, se "a Câmara dos Deputados e o Senado não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até 45 dias sobre a proposição, será esta incluída na

ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação". Mesmo a apreciação, pela Câmara, das emendas feitas pelo Senado submete-se a um prazo para serem votadas: 10 dias, conforme prevê o § 3º.

Importa, ademais, que as medidas provisórias não contenham em si providências incompatíveis com sua natureza efêmera, precária e de eficácia suscetível de ser suprimida retroativamente, *ab initio*. Disto decorre que através delas não se pode pretender mais que o indispensável para atendimento do resultado que as justifica. Logo, não podem extinguir situações ou relações jurídicas cuja suspensão bastaria para assegurar o benefício ou impedir o malefício que, em caráter emergencial, é necessário obviar de imediato. Assim também, e por igual razão, não podem ser extintos órgãos ou pessoas administrativas, já que supressão é ato de caráter definitivo, excedente, pois, da índole precária inerente a medidas que o próprio texto denomina de provisórias.

Em suma – *e nisto reside sua característica essencial* –, as medidas em apreço nada mais podem representar senão providências indispensáveis para enfrentar situações *emergentes*, *anômalas*, *excepcionais*, que demandariam solução *imediata*, até que o Congresso delibere sobre o assunto e lhes dê a disciplina adequada, caso *julgue que efetivamente reclamam tratamento próprio e específico*. Note-se que o Legislativo é que é credenciado para aferir conclusivamente sobre a conveniência da adoção das medidas e o teor delas. Tanto assim que pode imediatamente rejeitá-las e suprimir-lhes a eficácia desde o início se não as converter em lei no prazo de 120 dias.

34. Derradeiramente, e ainda para repisar questões óbvias, mas que entre nós demandam tratamento sério – já que interpretações "kafkianas" sempre aparecem quando se trata de fornecer amparo para abusos do Executivo –, cumpre anotar que ao Supremo Tribunal Federal compete, a instâncias dos legitimados, fulminar medidas provisórias inconstitucionais, em ação direta de declaração de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", c/c art. 103). Assim também, aos juízes e tribunais em geral cabe, *incidenter tantum*, recusar aplicação nos casos concretos a ato ou providência embasados em medida provisória ou em disposição dela complementar padecentes do vício de inconstitucionalidade. No âmbito de apreciação da constitucionalidade da medida, tanto se afere a consonância de seu teor com os princípios e normas substantivas da Lei Magna quanto a própria

preexistência das condições que ensejariam sua válida edição – ou seja: "relevância e urgência".

Com efeito, de acordo com o art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Logo, seja sob que figura for, quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades são suscetíveis de correção judicial.

35. O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discrição administrativa quando verifica se *pressupostos* normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se "relevância e urgência" fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontrastável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, ideia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.

36. A circunstância de relevância e urgência serem – como efetivamente o são – conceitos "vagos", "fluidos", "imprecisos", não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ocos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado.

Do fato de "relevância" e "urgência" exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será induvidoso inexistir relevância e urgência

ou, pelo contrário, induvidoso que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de "certeza negativa" ou "positiva", tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intelecção seria razoável, plausível.

Assim, fulminará as medidas provisórias, por extravasamento dos pressupostos que as autorizariam, nos casos de "certeza negativa" e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais. Tudo isto, é bem de ver, de fora parte a cabível apreciação quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do próprio conteúdo nelas vazado.

b) Estado de defesa

37. De par com as medidas provisórias existem, ainda, como referido, dois outros casos em que o princípio da legalidade sofre transitória constrição, por força de circunstâncias excepcionais – estas de anomalia extremada. A respeito deles, aqui, é suficiente uma simples e breve referência.

Um destes casos – aliás, verdadeira excrescência teratológica que a Constituição abrigou – é o do "estado de defesa". Vejamo-lo.

O Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (previstos, respectivamente, nos arts. 89 e 91), pode decretar "estado de defesa", a fim de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por *grave e iminente* instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções" (art. 136). Decretada tal providência – que não excederá de 30 dias, prorrogável uma única vez por igual período (§ 2º do art. 136) –, será, dentro de 24 horas, submetida, com a respectiva justificação, ao Congresso Nacional, que sobre ela ou sobre sua prorrogação decidirá por maioria absoluta (§ 4º). Se o Parlamento estiver em recesso será convocado extraordinariamente dentro em 5 dias (§ 5º) e o apreciará no prazo de 10, contados do seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa (§ 6º). Se rejeitá-lo, este cessará imediatamente (§ 7º).

O decreto instituidor do estado de defesa especificará seu tempo de duração e as áreas abrangidas, indicando, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas.

Dentre elas, a própria Constituição já contempla restrições aos direitos de reunião, ainda que na intimidade de associações, ao sigilo de correspondência, de comunicação telegráfica e telefônica, além da ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos; esta na hipótese de calamidade pública (incisos I e II do § 1º). Refere, ainda, a prisão ou detenção de qualquer pessoa por prazo não superior a 10 dias e vedada a incomunicabilidade (incisos III e IV do § 3º).

É óbvio que sempre caberá contraste jurisdicional tanto nas condições de válida decretação do "estado de defesa" quanto das disposições do decreto que o houver instituído, tal como mencionado ao propósito das medidas provisórias. Claro também é que as providências tomadas com base no estado de defesa são igualmente suscetíveis de correção judicial.

c) Estado de sítio

38. Além do estado de defesa, a Constituição prevê ainda o "estado de sítio", o qual já seria bastante para alcançar os mesmos objetivos e, ao contrário dele, não padece do inconveniente de ser decretável sem prévia autorização do Congresso.

Com efeito, para decretar estado de sítio, o Presidente, ouvidos o Conselho da República e o de Defesa Nacional, deve expor ao Congresso as razões pelas quais pretende fazê-lo e solicitar-lhe seja dada autorização para tanto. É cabível nos casos de "comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa" e de "declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira" (art. 137 e parágrafo único).

O decreto indicará sua duração, bem como as medidas necessárias para executá-lo e as garantias constitucionais que serão suspensas (art. 138). Seu prazo não excederá de 30 dias, prorrogáveis no máximo por igual período de cada vez (sob autorização do Congresso). No caso de guerra ou agressão armada estrangeira, poderá ser decretado para todo o tempo em que durarem (§ 1º). Excetuada esta última hipótese, as medidas que poderão ser tomadas contra as pessoas serão unicamente as arroladas no art. 139, nos incisos I a VII. Entre elas se incluem as mesmas arroladas para o "estado de defesa" e mais as de cerceamento de informações e liberdade dos meios de comunicação, na forma da lei; a obrigação de permanecer em locali-

dade determinada; a busca e apreensão em domicílio; a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crime comum e a requisição de bens. É vedada, entretanto, a restrição à difusão de pronunciamentos parlamentares efetuados em suas Casas legislativas, se liberada pelas respectivas Mesas (parágrafo único do art. 139).

Ainda aqui, obviamente, valem os mesmos comentos feitos em relação às medidas provisórias e ao estado de defesa no que concerne ao controle judicial.

PARTE II
OS SUJEITOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Capítulo III – A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. Capítulo IV – FIGURAS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E ENTIDADES PARALELAS. Capítulo V – SERVIDORES PÚBLICOS

O aparelho estatal exercente de atividades administrativas é composto pela própria pessoa do Estado, atuando por meio de suas unidades interiores – os *órgãos* – e por pessoas jurídicas que cria para auxiliá-lo em seus misteres – *as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais*, que, na linguagem legal brasileira, compõem a *administração indireta*. Os consórcios (tratados no cap. X – Contratos) ou são entidades autárquicas ou são empresas públicas.

Este aparelho se desincumbe de tais atividades por meio das competências, que são "deveres-poderes": deveres de satisfazer os interesses da coletividade, conduta que pressupõe o manejo de poderes servientes destes objetivos; isto é, instrumentais. Por isto sua extensão e intensidade desenhadas em abstrato são, *in concreto*, adstritas ao indispensavelmente requerido para satisfazer a necessidade suscitada em cada caso.

Como as pessoas jurídicas são seres de razão, entes lógicos, abstratos, compreende-se que, sob prisma naturalista, não possuam nem inteligência, nem vontade, nem ação. O Direito, contudo, imputa-lhes diretamente a vontade e a ação das pessoas naturais que procedem na qualidade jurídica de seus agentes. Do conjunto deles, a grande maioria é formada pelos chamados *servidores públicos*.

Nos três próximos capítulos serão estudados, então, respectivamente: a) a organização administrativa; b) a administração indireta e c) os agentes públicos e em particular os servidores públicos. Com

isto, desenhar-se-á o panorama dos *sujeitos administrativos*, ou seja, dos componentes do aparelho administrativo do Estado.

Anote-se que, na intimidade deste aparelho, não se incluem particulares que também podem exercer atividade pública, devidamente habilitados pelo Estado (como os concessionários e permissionários de serviço público, assim como os delegados de função pública, assunto tratado em outra parte do livro) ou colaborando com o Estado no desempenho de atividades administrativas não privativamente públicas.

Por razões puramente contingentes, circunstanciais,[1] ao lado das entidades da administração indireta tratamos, também, de certas figuras que não integram o aparelho estatal, mas que foram previstas como eventuais colaboradoras do Poder Público em empreendimentos administrativos sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva (as Organizações Sociais – e o instrumento jurídico concebido como habilitante de tal colaboração: o Contrato de Gestão – assim como as Organizações Privadas de Interesse Público).

1. Fizemo-lo em vista de serem entidades recentemente concebidas em nosso Direito positivo e que nele ingressaram recebidas com grande estrépito pelos espíritos novidadeiros, graças ao fato de se encartarem no bojo da chamada "Reforma do Estado". Esta, por sua vez, é aclamada por ser um fruto do modismo neoliberal, aliás já declinante, mas que, após a implosão da União Soviética e consequente disparição de um polo antagônico às forças do capitalismo selvagem, irrompeu triunfante pelo mundo afora no bojo da chamada globalização. Tal designativo, concebido para camuflar a ideologia recoberta pela desgastada expressão "imperialismo", traduz interesses econômico-financeiros dos grupos empresariais das grandes potências: os de promover a expansão do mercado para seus produtos e serviços, ensejando-lhes penetrar nos espaços dantes ocupados pelos empreendedores nacionais dos países emergentes ou por empresas controladas pelos respectivos Estados. A própria, assim chamada, "globalização", acompanhada das loas ao neoliberalismo (binômio inseparável, pois a primeira não tinha como se impor sem o segundo) nada mais foi que uma gigantesca jogada de *marketing*, como era fácil perceber desde o primeiro momento. Note-se que hoje quase não se fala mais dela. A razão disto não está nos desastrosos resultados que produziu – e a Argentina pré Kirschner vale como paradigmática demonstração disto – nem nos protestos que contra ela eclodiram em diferentes eventos (Seattle, por exemplo), mas no fato de que seus objetivos já foram alcançados: largo espaço econômico dos países globalizados pelos globalizantes, sobretudo o dos segmentos de mercado cativo, isto é, o dos serviços públicos, que eram mantidos na esfera governamental, já foi objeto de trespasse para as transnacionais, conforme orientação do FMI, pressurosamente aceita por governos como o do ex-Presidente Menen, na Argentina, (cuja administração contestada já lhe rendeu uma breve temporada na prisão) do Sr. Fujimori, no Peru (dantes foragido e homiziado no Japão e hoje preso no Chile) e do Sr. Fernando Henrique Cardoso, no Brasil. A eles, ditas transnacionais ficam a dever inestimáveis serviços. Os riscos do "apagão" no Brasil e o racionamento energético imposto, assim como a grande elevação de tarifas dos serviços públicos privatizados, em geral, bem simbolizam as maravilhas da "privatização" entre nós.

Capítulo III

A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

I. Os órgãos e as competências públicas. II. Insurgência na via administrativa contra o exercício das competências: pedido de reconsideração, recurso hierárquico, reclamação administrativa, representação e denúncia. III. Centralização e descentralização administrativa. IV. Organização administrativa da União: Administração direta e indireta.

I. Os órgãos e as competências públicas

1. O Estado tanto pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que tem constitucionalmente a seu encargo, como pode prestá-las através de outros sujeitos.

Nesta segunda hipótese, ou *transfere a particulares* o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou, então, *cria outras pessoas*, como entidades adrede concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada. Ao criá-las, a algumas conferirá *personalidade de Direito Público* e a outras *personalidade de Direito Privado*. Por meio delas, então, *descentralizará* as sobreditas atividades. Ressalve-se, apenas, que este *nomen juris* – "descentralização" – foi utilizado com acepção diversa por diplomas estruturadores da organização administrativa da União (Decretos-leis 200/67 e 900/69), como mais ao diante se esclarece (ns. 20 e 21).

Pelo contrário, quando as desempenha ele próprio, Estado, estará mantendo tais atividades *centralizadas*.

Independentemente do fenômeno a que se vem de aludir, o certo é que o Estado como as outras pessoas de Direito Público que crie, pelos múltiplos cometimentos que lhes assistem, têm de repartir, *no interior deles mesmos*, os encargos de sua alçada entre diferentes unidades, representativas, cada qual, de uma parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhes são afetos. Estas unidades

são o que denominamos *órgãos*[1] e se constituem por um conjunto de *competências*.

Órgãos públicos

2. *Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado.* Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.

3. Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de *agentes*. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, *diretamente* imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas *na* e *pela* vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.[2]

Os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os *agentes*, *enquanto titulares das respectivas competências*, os quais, de resto – diga-se de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos.[3]

1. O art. 1º, § 2º, da Lei 9.784, de 29.1.1999, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal", define órgão, para fins da citada lei, como: "a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta".

2. Para aprofundar consulte-se nosso "Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos", *RDP* 16/30 e ss., 1970.

3. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, ns. 14.3, p. 89, e 17.7, p. 115.

Em síntese, juridicamente falando, não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações. Na *intimidade do Estado*, os que se relacionam entre si são os agentes manifestando as respectivas competências (inclusas no campo de atribuições dos respectivos órgãos). Nos vínculos entre Estado e outras pessoas, os que se relacionam são, de um lado, o próprio Estado (atuando por via dos agentes integrados nestas unidades de plexos de competência denominados órgãos) e, de outro, a pessoa que é a contraparte no liame jurídico travado.[4]

Classificação dos órgãos

4. Os órgãos, quanto à *estrutura*, podem ser divididos em (a) *simples* e (b) *colegiais*, conforme suas decisões sejam formadas e manifestadas individualmente por seus agentes ou, então, coletivamente pelo conjunto de agentes que os integram (como, por exemplo, as Comissões, os Conselhos etc.), caso, este, em que suas deliberações são imputadas ao corpo deliberativo, e não a cada qual de seus componentes.

Quanto às *funções que exercem*, são tradicionalmente classificados em (a) *ativos*, que são os que expressam decisões estatais para o cumprimento dos fins da pessoa jurídica; (b) de *controle*, que são os prepostos a fiscalizar e controlar a atividade de outros órgãos ou agentes; (c) *consultivos*, que são os de aconselhamento e elucidação (pareceres) para que sejam tomadas as providências pertinentes pelos órgãos ativos.

A estas espécies tipológicas de órgãos devem ser acrescentados os (d) *órgãos verificadores*, que são os encarregados da emissão de perícias ou de mera conferência da ocorrência de situações fáticas ou jurídicas; e os (e) *órgãos contenciosos*, aos quais compete, em posição de absoluta imparcialidade, o julgamento de situações controversas. Sirvam como exemplos os Tribunais de Impostos e Taxas ou as comissões processantes de funcionários, que devem apurar eventual cometimento de infrações por eles e, sendo o caso, apli-

4. É isto, aliás, que torna logicamente inviáveis, como ao diante se examina no Capítulo IV (n. 103), hipotéticos "contratos" entre órgãos, aberrantemente contemplados no alucinado § 8º introduzido no art. 37 da Constituição Federal pelo chamado "Emendão", isto é a Emenda 19, de 4.6.1998, previsão, esta, que, pela monumental tolice, expõe o Brasil ao escárnio universal.

car as correlatas sanções, com direito de ampla defesa dos servidores acusados.

Os pareceres emitidos pelos órgãos consultivos, quanto ao conteúdo, são (i) *de mérito*, se lhes compete apreciar a conveniência e oportunidade da medida a ser tomada, ou (ii) *de legalidade*, se devem examiná-la sob o ponto de vista da conformidade ao Direito. Quanto ao grau de necessidade ou influência que a lei lhes irroga, serão (i) *facultativos*, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) *obrigatórios*, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) *vinculantes*, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas.[5]

Competências públicas

5. Foi dito que estes círculos de atribuições (denominados órgãos), a serem manifestadas pelos agentes, constituem-se de um plexo de *competências* públicas. Resta esclarecer, então, o que são competências e quais suas características.

Costuma-se dizer – insatisfatoriamente, aliás – que competências são uma demarcação de *poderes*, um feixe de *poderes* ou um círculo de *poderes*. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências.

Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no caso das competências *administrativas*. Na verdade, elas são *deveres-poderes*, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam *cumprir o dever legal* de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

5. Para esta e outras classificações mais completas sobre os órgãos, v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 98-107.

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de *funções*, implicam *dever* de atuar no *interesse alheio* – o do corpo social –, compondo, portanto, uma situação de *sujeição*. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em *prol de um terceiro*: a coletividade que representam.[6]

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à *finalidade* em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de *dever*: o de prover àquele interesse.

6. Destarte, ditos poderes têm caráter meramente *instrumental*; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do *dever* de cumprir o *interesse público*, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, *o poder, na competência, é a vicissitude de um dever*. Por isto é que é necessário colocar em realce a ideia de dever – e não a de poder –, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o *fim* a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados "enquanto conjunto", em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.

7. Em suma: nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para autossatisfação. Estas, no Estado de Direito – onde "todo o poder emana do povo" (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a "cidadania" é um de seus fundamentos (art. 1º, II, da Constituição Federal) –, obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos.

6. Cf. Capítulo I, ns. 54 e 58, e Capítulo II, ns. 5 e 6.

Uma vez que a atividade administrativa é infralegal, submissa à lei e preordenada à satisfação de seus comandos,[7] as competências *administrativas* nada mais podem ser senão feixes de atribuições concebidos para proporcionar a realização *in concreto* dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativos – repita-se e enfatize-se – como uma imposição à qual, de direito, não podem se esquivar. Segue-se que os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo *necessário* e *suficiente* ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-los.

Conceito de competência

8. Visto que o "poder" expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer interesses públicos, a competência pode ser conceituada como *o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos.*

9. Consequência disto é que as competências, embora apareçam *abstratamente* com a extensão, intensidade e amplitude necessárias para colher as várias hipóteses possíveis, *outorgam, "in concreto", única e exclusivamente o "quantum" de poder indispensável* para curar o interesse em vista do qual foram atribuídas a alguém; ou seja: *nada mais do que o requerido para satisfação do dever* que lhes preside a existência. Logo, a compostura do "poder" manejável ficará iniludivelmente delimitada pelo que seja deveras requerido para atendimento do interesse público que o justifica. Donde, em cada caso, coincidirá *ontologicamente* com o *suficiente* e *indispensável* para dar cumprimento ao dever de bem suprir o interesse em vista do qual foi conferida a competência. Todo excesso, toda demasia, não aproveitam a ninguém e acarretariam um *desnecessário* e *incompreensível* agravamento ou limitação da esfera de liberdade dos cidadãos ou das pessoas jurídicas, o que, evidentemente, sobre ilógico, ante a própria índole das competências, seria inaceitável no Estado de Direito, cujo projeto é o de contenção do poder, e não o de liberação dele.[8] Assim, o *plus* no uso da competência, seja em extensão, seja em intensidade, acaso ocorrido significará, em última instância,

7. Cf. Capítulo II, ns. 7-9.
8. Cf. Capítulo II, n. 15.

um *extravasamento* dela, um desbordamento, uma ultrapassagem de seus limites naturais, ensejando fulminação tanto pela autoridade administrativa superior, de ofício ou sob provocação, quanto pelo Judiciário, a instâncias da parte titulada para insurgir-se.

Ao cabo do quanto se expôs sobre as competências públicas, podem ser referidas, sucintamente, suas características, as quais são meras decorrências das averbações anteriores. As competências são:

a) de exercício *obrigatório* para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize. Não está em pauta um problema "pessoal" do sujeito, ao qual ele possa dar a solução que mais lhe apraz. Está sotoposto ao dever jurídico de atender à finalidade legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes os pressupostos de seu desencadeamento;

b) *irrenunciáveis*, significando isto que seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar;

c) *intransferíveis*, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo, tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;[9]

d) *imodificáveis* pela vontade do próprio titular, o qual, pois, não pode dilatá-las ou restringi-las, pois sua compostura é a que decorre de lei. A lei pode, contudo, admitir hipóteses de avocação. Es-

9. A lei reguladora do "processo administrativo" na esfera federal (Lei 9.784/1999) – nominação tecnicamente correta adotada para designar aquilo que habitualmente é chamado como procedimento administrativo – expressamente consigna, no art. 11, que "a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos". A teor do art. 12, a delegação *parcial* da competência foi admitida quando conveniente e não houver impedimento legal, devendo, conforme o art. 14, § 1º, ser especificadas as matérias e poderes delegados, sua duração e limites, admitida sua revogabilidade a qualquer tempo (§ 2º deste artigo). Não podem ser objeto de delegação, consoante o art. 13: "I – a edição de atos de caráter normativo; II – a decisão de recursos administrativos; III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade". A "avocação temporária" é contemplada no art. 15, sendo permitida "em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados". A correspondente lei do Estado de São Paulo, isto é, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual", de resto anterior à lei federal quanto à edição e muito anterior quanto à concepção (Lei 10.177, de 30.12.1998), dispõe sobre a matéria no art. 19 e também prevê a possibilidade de delegação e avocação, sendo, contudo, menos minuciosa a respeito.

ta é a episódica absorção, pelo superior, de parte da competência de um subordinado, ainda assim restrita a determinada matéria e *somente nos casos previstos em lei*;

e) *imprescritíveis*, isto é, inocorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isto deixarão de persistir existindo.

Afinal, bem anotou Eduardo García de Enterría: como consequência de sua "orígen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intrasmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto, en cuanto creación del Derecho Objetivo supraordenado al mismo".[10]

II. Insurgência na via administrativa contra o exercício das competências: pedido de reconsideração, recurso hierárquico, reclamação administrativa, representação e denúncia

10. Se alguém considera que uma dada decisão administrativa é ilegal – ou seja, que uma competência administrativa foi utilizada insatisfatória ou injuridicamente – e quer questioná-la *nesta mesma esfera* (administrativa), pode valer-se de diferentes meios.

Se é parte diretamente interessada, pode questioná-la mediante:

a) *pedido de reconsideração* – que é a petição dirigida à mesma autoridade prolatora da decisão, postulando que a modifique ou suprima;

b) *recurso hierárquico* – que é a petição dirigida à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão questionada, postulando sua reforma ou supressão.

Normalmente é *interposto* perante a própria autoridade recorrida, a qual poderá reconsiderar o decidido – o que deverá fazer *em cinco dias*, conforme o art. 56, § 1º, da Lei 9.784, de 29.1.1999, que disciplina o processo administrativo na *órbita federal* – ou elevar a matéria. Aliás, dita lei, ao estabelecer no referido parágrafo que o "recurso será *dirigido à autoridade que proferiu a decisão*" (e não à autoridade superior, como seria o lógico),[11] terminou por extinguir

10. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., vol. I, Madri, Civitas, 1983, p. 421.

11. Igual impropriedade técnica se encontra na correspondente lei do Estado de São Paulo. Em seu art. 42, III, nela também se lê que a petição de recurso

o recurso *voluntário* e criar um recurso *de ofício* sucessivo aos pedidos de reconsideração não atendidos. Reconheça-se que a solução adotada na lei federal, conquanto esdrúxula, na medida em que traz consigo uma alteração no conceito universal de "recurso", não ofende tal direito, pois a consequência do que nela se dispõe em nada afeta o sentido da referida norma constitucional. Ela apenas suprime o *nomen juris* "pedido de reconsideração", passando a englobá-lo no interior de um recurso "de ofício", quando não reconsiderada a decisão.

O *prazo para recorrer*, consoante as determinações da citada lei federal, na esfera da União é – *salvo disposição específica em sentido diverso* – de *10 dias*, contados da "ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida" (art. 59). A autoridade terá de decidi-lo, se não houver prazo diferente estabelecido em lei, no máximo em *30 dias* a partir do recebimento dos autos, prorrogáveis por igual período ante justificativa explícita (§§ 1º e 2º do art. 59).[12]

O direito a recorrer administrativamente não pode ser recusado, visto que se trata de uma inerência ao princípio constitucional da ampla defesa, na conformidade do art. 5º, LV, da Lei Magna, segundo o qual "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes".

Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para *autoridade encartada em outra pessoa jurídica*, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico *impróprio*.

Durante a pendência de recurso administrativo, conforme entendimento corrente e acertado, não corre o prazo prescricional contra o administrado, ou seja, não se inicia a contagem do lapso temporal ao cabo do qual extingue-se seu direito de postular judicialmente. Opostamente, o pedido de reconsideração não interrompe nem *suspende* a prescrição.

será "*dirigida* à autoridade recorrida" (e não "*interposta* perante" a autoridade recorrida, como seria o adequado), a qual dispõe de sete dias para reconsiderar o ato (cf. art. 47, VI). Sem embargo, no art. 39 estabelece que, salvo disposição em contrário, é "competente para conhecer do recurso a autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato".

12. Na lei paulista o prazo para recorrer ou para o pedido de reconsideração é de 15 dias (art. 44). O prazo para a autoridade reconsiderar é de 7 dias e de 30 o prazo para que a autoridade superior decida o recurso (art. 47, VII).

Como regra, os recursos administrativos têm efeito apenas devolutivo, ou seja, o de submeter a questão ao escalão superior. Só terão efeito suspensivo nos casos em que a lei lhes atribua tal efeito ou quando a autoridade recorrida verificar a necessidade de conferi-lo. Esta, aliás, é a solução dada na referida lei federal (art. 61 e parágrafo único).[13]

Se o insurgente não é parte da relação jurídica em cujo bojo foi tomada a decisão, ou não é diretamente afetado pela medida ou, em qualquer caso, se a lei não previu recurso para a hipótese específica, mas o requerente tem interesse individual ou meramente como cidadão em impugná-la, poderá dirigir-se à autoridade competente para apreciar a matéria. Trata-se de manifestação do *direito de petição*, previsto no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal. Assumirá o nome de:

c) *representação* – que é precisamente o designativo que se dá a manifestações insurgentes não qualificáveis como pedido de reconsideração ou recurso, valendo como exemplo o estatuído no art. 109, II, da Lei 8.666, de 21.6.1993 (sobre licitações e contratos), de acordo com o qual cabe representação contra decisão de que não caiba recurso hierárquico, no prazo de cinco dias úteis para a hipótese ali cogitada; ou de

d) *denúncia* – designativo utilizado para hipótese similar, na qual, todavia, prepondera o intuito de alertar a autoridade competente para conduta administrativa apresentada como censurável. Cite-se, *v.g.*, o disposto no art. 74, § 2º, da Constituição Federal, segundo cujos termos "qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".

Encontra-se, ainda, para referir insurgência expressiva do direito de petição não qualificável como pedido de reconsideração ou recurso hierárquico, a expressão:

e) *reclamação administrativa* – taxinomia genérica e que designa a manifestação de inconformismo do administrado em face de decisão administrativa que lhe afeta direitos ou interesses. A ela se refere o Decreto 20.910, de 6.1.1932 (texto que tem força de lei, porque editado com esta força jurídica, em período anômalo, com o Congresso fechado), estatuindo que, se outro prazo não houver fixa-

13. Semelhante disposição consta do art. 46 da lei paulista, a qual, ademais, reporta-se expressamente a eventual previsão *regulamentar* de suspensividade do recurso.

do em lei, prescreverá em um ano a partir da data do ato ou fato do qual se originar (art. 6º). A reclamação administrativa também *suspende* a prescrição.

Nos termos do art. 48 da lei federal regente dos processos administrativos, é dever da Administração explicitamente decidi-los, tanto como as *solicitações* ou *reclamações* em geral, fazendo-o em todos estes casos dentro em 30 dias (prorrogáveis, motivadamente, por igual período) após a competente instrução, conforme dispõe o art. 49.

Todos os prazos, consoante literal dicção do art. 66, começam a correr a partir da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, o qual, se coincidir com dia no qual não haja expediente ou em que este for encerrado antes da hora normal, prorrogar-se-á para o primeiro dia útil, consoante estabelece o § 1º.[14] Se o prazo for expresso em dias contar-se-á de modo contínuo (dia a dia), e se expresso em anos ou meses contar-se-á de data a data, valendo como termo final o último dia do mês quando nele não houver o dia equivalente ao dia inicial (§§ 2º e 3º).

As distintas possibilidades de manifestações insurgentes do administrado, quer na via administrativa (como as examinadas), quer na via judicial, sujeitam-se, todas, a determinados prazos, findos os quais frequentemente se afirma que ficaram prescritas, embora nem sempre esteja em pauta o instituto da prescrição, propriamente dito. Estes assuntos serão examinados em capítulo próprio (Capítulo XXI).

III. Centralização e descentralização administrativa

11. No início deste capítulo deixou-se dito que o Estado tanto pode prestar por si mesmo as atividades administrativas, como pode desempenhá-las por via de outros sujeitos, caso em que se estará perante a chamada *descentralização*. Anotou-se, ainda, que nesta hipótese ora o Estado *transfere o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares*, ora *cria pessoas auxiliares suas*, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados.

Assim, diz-se que a atividade administrativa é *descentralizada* quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado. Diz-se que a atividade administrativa é *centralizada* quando é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade.

14. Correspondentes disposições encontram-se nos arts. 91 e 92 da lei paulista.

Na centralização o Estado atua *diretamente* por meio dos seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que por isto dele não se distinguem. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexos de competência, ou seja, em "desconcentrações" administrativas. Na descentralização o Estado atua *indiretamente*, pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isto mesmo se constituam, como ao diante se verá, em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo estatal.

Desconcentração

12. No início do capítulo também se anotou que os Estados, assim como as outras pessoas de Direito Público que criem para auxiliá-los, têm que repartir, *no interior deles mesmos*, os encargos de suas alçadas, para decidir os assuntos que lhes são afetos, dada a multiplicidade deles.

O fenômeno da distribuição *interna* de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, denomina-se *desconcentração*. Tal desconcentração se faz tanto em razão da *matéria*, isto é, do assunto (por exemplo, Ministério da Justiça, da Saúde, da Educação etc.), como em razão do *grau* (hierarquia), ou seja, do nível de responsabilidade decisória conferido aos distintos escalões que corresponderão aos diversos patamares de autoridade (por exemplo, diretor de Departamento, diretor de Divisão, chefe de Seção, encarregado de Setor). Também se desconcentra com base em critério *territorial* ou geográfico (por exemplo, delegacia regional da Saúde em São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro etc.). A aludida distribuição de competências não prejudica a unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado *hierarquia*.

A hierarquia e os poderes do hierarca

13. *Hierarquia* pode ser definida como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma *contínua e permanente* autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados.

Tais poderes consistem no (a) poder de comando, que o autoriza a expedir determinações gerais (instruções) ou específicas a um dado subalterno (ordens), sobre o modo de efetuar os serviços; (b) poder de fiscalização, graças ao qual inspeciona as atividades dos órgãos e agentes que lhe estão subordinados; (c) poder de revisão, que lhe permite, dentro dos limites legais, alterar ou suprimir as decisões dos inferiores, mediante revogação, quando inconveniente ou inoportuno o ato praticado, ou mediante anulação, quando se ressentir de vício jurídico; (d) poder de punir, isto é, de aplicar as sanções estabelecidas em lei aos subalternos faltosos; (e) poder de dirimir controvérsias de competência, solvendo os conflitos positivos (quando mais de um órgão se reputa competente) ou negativos (quando nenhum deles se reconhece competente), e (f) poder de delegar competências ou de avocar, exercitáveis nos termos da lei.

Distinção entre descentralização e desconcentração

14. Descentralização e desconcentração são conceitos claramente distintos. A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aqueloutra ou aqueloutras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim, a segunda não é "subordinada" à primeira.

O que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado *controle*.

O controle

15. A palavra "controle" vai aqui usada em sentido estrito, em oposição à hierarquia, e designa o poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada. Assim, enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlador só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados.

Feitas estas considerações gerais sobre a organização administrativa pública, vejamos como foi especificamente estruturado o apa-

relho administrativo brasileiro, na órbita federal, isto é, da União, pois Estado, Distrito Federal e Município estabelecem, eles próprios, suas respectivas organizações, que, todavia, de um modo geral, não discrepam dos lineamentos a seguir expostos no que concerne à estrutura organizacional básica a seguir exposta.

IV. Organização administrativa da União: Administração direta e indireta

16. O Decreto-lei 200, de 25.2.1967, com alterações posteriores – diploma que se propôs a regular a estrutura administrativa da organização *federal* –, divide a Administração Pública em Administração direta e indireta.

Em tese, tal divisão deveria coincidir com os conceitos, dantes expostos, de centralização e descentralização administrativa, de tal sorte que "Administração centralizada" seria sinônimo de "Administração direta", e "Administração descentralizada", sinônimo de "Administração indireta". Não foi isto que sucedeu, entretanto. Como mais ao diante se verá, o referido decreto-lei adotou critério por força do qual as noções mencionadas não se superpõem.

Nos termos do Decreto-lei 200, Administração direta é a "que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios" (art. 4º, I), e Administração indireta "é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas" (art. 4º, II).[15]

17. Diga-se, por ora, de maneira ainda muito genérica (ademais, ignorando deliberadamente os conceitos legais formulados para tais pessoas – que são muito falhos, como mais ao diante se esclarecerá), que *autarquias* são *pessoas de Direito Público* criadas por lei pelo Estado para auxiliá-lo em suas atividades; *sociedades de economia mista* e *empresas públicas* são *pessoas de Direito Privado* e, tanto como as fundações públicas, igualmente criadas pelo Estado, autorizado por lei, para auxiliá-lo em suas atividades. Embora o Decreto-lei 200 também categorize as *fundações públicas* como *pessoas de*

15. As principais alterações que o Decreto-lei 200 sofreu, no que concerne à Administração *indireta*, advêm do Decreto-lei 900, de 29.9.1969, do Decreto-lei 2.299, de 21.11.1986, e da Lei 7.596, de 10.4.1987, que alterou este último.

Direito Privado, parece-nos que o qualificativo lhes foi incorretamente atribuído, pois o regime jurídico a que se submetem não é o de Direito Privado, como além se procurará demonstrar. Sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações governamentais, entre outras distinções, apresentam algumas perfeitamente marcantes; a saber:

– as sociedades de economia mista são formadas por capitais de origem governamental e capitais *particulares*;

– as empresas públicas se compõem de capitais *unicamente de origem governamental*; e

– as fundações públicas recebem tal denominação porque, ao invés de estrutura societária ou empresarial, correspondem a um "patrimônio afetado a um fim".

18. Dentre as pessoas categorizadas no Decreto-lei 200 como "Administração indireta", as autarquias foram normativamente apontadas como predispostas a "executar atividades típicas da Administração Pública".

Para as empresas públicas e sociedades de economia mista o Decreto-lei 200 consignou a finalidade de "exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa". Também há um erro nesta noção, como se verá a breve trecho. Já, as fundações públicas foram configuradas como sujeitos criados "para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público" (Lei 7.596, de 10.4.1987). Todas, em despeito da variedade tipológica, são havidas como parte do conjunto da Administração Federal. Isto é, formam, no seu todo, o aparelho administrativo da União.

Administração direta da União

19. A Administração direta da União está regulada na Lei 10.683, de 28.5.2003 (com as múltiplas modificações sucessivas, sendo as últimas delas as Leis 12.314, de 19.8.2010, 12.375, de 30.12.2010, 12.462, de 4.8.2011 e 12.792, de 28.5.2013).[16] A Lei

16. No Estado de São Paulo vige o Decreto-lei Complementar 7, de 6.11.1969, que usa terminologia diversa da União. Fala em Administração "centralizada" e "descentralizada".

10.683 ocupa-se, notadamente, da organização da Presidência e dos Ministérios, tal como o faziam as leis anteriores. De acordo com o art. 1º, a Presidência é constituída essencialmente pela Casa Civil, pela Secretaria-Geral, pela Secretaria de Relações Institucionais, pela Secretaria de Comunicação Social, pelo Gabinete Pessoal, pelo Gabinete de Segurança Institucional, pela Secretaria de Assuntos Estratégicos, pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, pela Secretaria de Direitos Humanos, pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, pela Secretaria de Portos, pela Secretaria de Aviação Civil e pela Secretaria da Micro e Pequena Empresa.

Há, no presente, 24 Ministérios, quais sejam: (I) da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; (II) do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; (III) das Cidades; (IV) da Ciência, Tecnologia e Inovação; (V) das Comunicações; (VI) da Cultura; (VII) da Defesa; (VIII) do Desenvolvimento Agrário; (IX) do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; (X) da Educação; (XI) do Esporte; (XII) da Fazenda; (XIII) da Integração Nacional; (XIV) da Justiça; (XV) do Meio Ambiente; (XVI) das Minas e Energia; (XVII) do Planejamento, Orçamento e Gestão; (XVIII) da Previdência Social; (XIX) das Relações Exteriores; (XX) da Saúde; (XXI) do Trabalho e Emprego; (XXII) dos Transportes; (XXIII) do Turismo e (XXIV) da Pesca e Aquicultura (art. 25 com a redação dada pela Lei 11.958, de 26.6.2009).

São Ministros de Estado os titulares dos vários Ministérios, os titulares das Secretarias da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Chefe da Casa Civil da Presidência da República, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, o Chefe da Controladoria-Geral da União e o Presidente do Banco Central do Brasil.[17]

Critério classificador do Decreto-lei 200

20. Nota-se que o critério presidente da aludida sistematização normativa não foi o da natureza da atividade, porque foram engloba-

17. Este último fora inicialmente incluído como Ministro pela MP 207, de 13.8.2004, com o vergonhoso objetivo óbvio de colocá-lo sob a jurisdição ordinária do Supremo Tribunal Federal, evidentemente na suposição de que ali encontraria ambiente jurisdicional benigno, presumivelmente diferente do que receberia em outras esferas jurisdicionais, porque o atual ocupante do cargo, Sr. Meirelles, encontrava-se na mira do Ministério Público. Aliás, o atual Governo, cujos partidários tanto criticaram o anterior pela grande quantidade de medidas provisórias que expedia e pelo casuísmo que revelava, desgraçadamente seguiu no mesmíssimo rumo.

das em um mesmo termo classificatório tanto atribuições tradicionalmente características do Poder Público, isto é, que lhe são "típicas" (serviços públicos propriamente ditos), quanto o desempenho de cometimentos econômicos, dos quais o Estado, ante os textos constitucionais do país, só podia e só pode se ocupar em caráter excepcional, como atualmente resulta dos termos do art. 175 da Constituição.

O critério adotado também não foi o do regime jurídico destes sujeitos, porquanto, como é óbvio, a disciplina a que se submetem pessoas de Direito Público é distinta da que regula pessoas de Direito Privado, ainda quando estas últimas integrem a Administração Federal e sofram, bem por isto, acentuados impactos de normas publicísticas.

Percebe-se, pois, que o critério retor da classificação foi o *orgânico*, também chamado subjetivo. Com efeito, foram relacionados à conta de entidades da Administração indireta quaisquer sujeitos havidos como unidades integrantes da Administração Federal, *pelo só fato de comporem dito aparelho*, independentemente da natureza substancial da atividade que se lhes considere própria e independentemente do regime jurídico que lhes corresponda (público ou parcialmente privado). Esta conclusão se redemonstra na circunstância de que ficaram à margem de tal esquema, apenas por serem alheios ao sobredito aparelho estatal, sujeitos prestadores de atividade tipicamente administrativa, como os concessionários de serviços públicos ou delegados de ofício público (titulares de serviços notariais e registros de nascimento, de óbito, de casamentos etc.).

21. O modelo destarte concebido, é bem de ver, revela-se inapto para descortinar todas as modalidades pelas quais se desempenham atividades administrativas públicas. Com efeito, a expressão "Administração indireta", que doutrinariamente deveria coincidir com "Administração descentralizada", dela se afasta parcialmente. Por isto, ficaram fora da categorização como Administração indireta os casos em que a atividade administrativa é prestada por *particulares*, "concessionários de serviços públicos", ou por "delegados de função ou ofício público" (caso dos titulares de cartórios).

Presumivelmente por isto e para abarcá-los, o Decreto-lei 200 também se vale do vocábulo "descentralização", atribuindo-lhe, entretanto, uma acepção diversa da que conferiu à Administração indireta.

Em capítulo próprio, estabelece que a *descentralização* "será posta em prática em três planos principais":

"a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

"b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

"c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões."

Além disto, em capítulo subsequente, indica que a "delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa".

No primeiro "plano" referido, é de presumir que esteja reportado, ao menos parcialmente, ao que se denomina "desconcentração" (distribuição de poderes dentro de uma mesma pessoa jurídica), e na Itália é conhecido como "descentralização burocrática" ou "hierárquica". No segundo "plano", o que está em pauta é realmente uma descentralização por *concessão*, se se tratar de prestação de atividade material, ou por *delegação*, se se tratar de desempenho de atividade jurídica (como a fiscalização de pesos e medidas, por exemplo), cujo *exercício* seja trespassado em prol de algum Estado da Federação. No último "plano" mencionado tem-se pura e simplesmente uma concessão de serviço público a particular ou um contrato de outra tipologia, conforme ali mesmo se esclarece. A menção feita à "delegação" é despicienda, já que estaria inclusa em uma das hipóteses anteriores ou não seria caso de descentralização propriamente dita.

Não é difícil perceber que o decreto-lei em exame, desde o seu ponto de partida, ressente-se tanto de impropriedades terminológicas quanto de falhas em seus propósitos sistematizadores, levando a crer que foi elaborado por pessoas de formação jurídica nula ou muito escassa, como soía ocorrer ao tempo da ditadura militar instalada a partir de 1964 e cujos últimos suspiros encerrar-se-iam em 1986.

Feitas estas observações liminares, cumpre analisar as distintas figuras jurídicas qualificadas como Administração indireta no modelo organizatório federal, o que será feito no capítulo seguinte.

Antes disto, entretanto, cabe fazer uma referência a certas pessoas alheias à Administração indireta, mas que prestam ao Estado uma atuação colaboradora qualificada na órbita social. São as entidades paraestatais.

Entes paraestatais

22. A expressão *entes paraestatais* surge na Itália, a partir de um decreto-lei real de 1924, sem que dele se pudesse extrair com certeza o significado atribuído a tal nomenclatura. Em um primeiro momento entendeu-se que com ela estava a ser reconhecida a existência de um *tertium genus*, intermediário entre as pessoas de direito público e as de direito privado. Ulteriormente, como a legislação voltou a servir-se de tal terminologia, porém reportada a autarquias de base fundacional, concluiu-se que a expressão era prestante para designar autarquias de caráter não corporativo. Mais além, afirmou-se outro sentido para ela, qual seja, o de autarquia com atuação em todo o território nacional.[18] Outros sustentaram que seria a pessoa pública submetida a intenso controle estatal, de tal sorte que, bem o registrou D'Alessio, não houve pacificação doutrinária ou jurisprudencial sobre seu real significado.[19] Tal terminologia – como foi anotado por Luigi Galateria e Massimo Stipo – estava abandonada pela legislação quando a doutrina a retomou a partir da Lei 70, de 20 de março de 1995, que ressuscitou o tema, conquanto deliberadamente não outorgasse uma formulação teórica de entidade paraestatal. Esta indefinição, esclarecem os autores citados, não produz inconvenientes na medida em que dita lei proporcionou o individuado arrolamento dos sujeitos que entravam em tal categoria, assinalando uma uniforme disciplina para eles no que concerne a seus órgãos de administração, relações de emprego, gestão financeira, controle sobre as deliberações etc.[20]

Há, apenas, ao que parece, uma concordância doutrinária de que se trata de pessoas de direito público.

O Brasil, bem antes da referida Lei 70, importou a expressão, obviamente com toda a carga de imprecisão que possuía na Itália.

18. Cf., entre os autores mais antigos, Cino Vitta, "Les personnes morales de droit public en France et en Italie", in *Mélanges Hauriou*, Paris, 1929, pp. 780 e ss.; Luiggi Raggi, *Diritto Amministrativo*, vol. IV, CEDAM, 1935, pp. 111 e 112.

19. Francesco D'Alessio, *Diritto Amministrativo*, vol. I, 1939, p. 208.

20. *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., UTET, 1993, reimpr. de 1995, pp. 127 a 129. A esta lei também se referem os administrativistas italianos em geral, como, *e.g.*, Pietro Virga, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 4ª ed. revista e atualizada, vol. I, 1995, pp. 11 e 12; Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, G. Chiappichelli, 9ª ed. revista e ampliada, 1997, pp. 239 a 241; e Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, CEDAM, 1996, reedição revista e atualizada da 2ª ed., pp. 168 a 170. É certo que persiste inexistindo na doutrina e na jurisprudência uma conceituação teórica segura e pacífica de tais sujeitos.

Daí que nossos doutrinadores atribuíram-lhe os mais diversos e variados sentidos, reproduzindo, e talvez de modo ainda mais acentuado, a caótica intelecção que vigia na Itália antes da mencionada lei. Disto demos notícia, com referência à opinião de muitos deles, em obra monográfica na qual mencionamos com comedida largueza o tema das entidades paraestatais,[21] assunto que, entre nós, foi desenvolvido com certa extensão por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles.[22]

O ponto de vista que recebeu maior difusão foi o expendido por Hely Lopes Meirelles, o qual, embora haja acertadamente ressaltado a natureza privada destes sujeitos e enfatizado que a expressão *paraestatal* sugere tratar-se de criatura que atua paralelamente ao Estado, ao lado dele, sustenta posição insuscetível de ser aceita no Direito brasileiro. Isto porque inclui em seu âmbito, além de pessoas como o SESI, SESC, SENAI, SENAC,[23] conhecidas como serviços sociais autônomos, as sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim, sob a mesma rotulação englobou entidades jurídicas sujeitas a regimes jurídicos inegavelmente diversos, pois estas últimas, como se sabe, fazem parte da Administração indireta do Estado por expressa determinação legal, encontrando-se, pois, submissas a um plexo de normas específico, distinto do aplicável aos serviços sociais autônomos. Ora, a taxinomia jurídica, como outra qualquer, só tem o préstimo de fornecer rotulação para objetos símiles. A similaridade em Direito é a de regime jurídico e não alguma outra qualquer. Assim, um *nomen juris* só pode corresponder a um signo breve para nominar coisas juridicamente equiparáveis pelos princípios e normas que os regulem. Por isto é inaceitável colocar sob um divi-

21. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, Ed. RT, 1968, pp. 350 a 356. Aí registramos que para Miguel Reale e Oscar Saraiva, tais sujeitos são espécies de autarquia com fortes laços de dependência do Estado, participando amplamente de seu *jus imperii*, ao passo que, Themístocles Cavalcanti, embora considerando-as autarquias, opostamente entende que se ligam ao Estado por vínculos pouco estritos. Rui de Souza considera que são pessoas de natureza privada, constituindo-se em forma de colaboração dos particulares com a Administração, entretanto, contraditoriamente, as configura como autarquias. Como se vê, são opiniões bastante díspares.

22. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Forense, 1974, pp. 269 e ss.; e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Ed. RT, pp. 312 e ss. (v. as observações sobre a matéria na 38ª ed. dessa obra, Malheiros Editores, 2012, pp. 407 e ss. e 430 e ss.).

23. O grande jurista baiano Orlando Gomes produziu há muitíssimos anos excelente parecer no qual estuda a natureza e a configuração jurídica do SESC e do SENAC in *RDA* XIX/384 a 391.

sor comum, entidades da administração indireta de par com sujeitos alheios a ela.

Ocorre que não existindo uma lei que as caracterize inequivocamente, e estando tal palavra solta e tresmalhada no meio jurídico, reputamos, como no passado o dissemos, que "não há um objeto à procura de um nome, porém um nome à procura de um objeto". Daí a possibilidade de distintas intelecções.

Para nós, a expressão calha bem para designar sujeitos não estatais, isto é, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus. Caracterizam-se pelo fato de que o Poder Público enfaticamente os assume como colaboradores emprestando-lhes o significativo amparo de colocar a seu serviço o poder de império de que dispõe *ao instituir tributo em favor deles*, como ocorre justamente com os chamados serviços sociais autônomos, circunstância esta que lhes confere uma peculiar singularidade entre os sujeitos alheios à Administração indireta que concorrem para objetivos sociais de interesse público. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello inclui no âmbito paraestatal, além destes serviços sociais autônomos, as escolas particulares reconhecidas, pois seu ensino tem validade oficial, os sindicatos e os partidos políticos, reconhecendo em todos eles serem sujeitos que "constituem-se juridicamente por ato de livre vontade e independentemente de qualquer delegação do Estado, nos termos legais por este permitido e previsto, para atuarem paralelamente a ele na consecução de fins considerados de interesse público, e para coadjuvarem seus cometimentos".[24]

24. Ob. cit., p. 271.

Capítulo IV

FIGURAS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E ENTIDADES PARALELAS

I. Autarquias. II. Fundações públicas. III. Empresas públicas e sociedades de economia mista. IV. Figuras jurídicas introduzidas pela Reforma Administrativa.

1. Foi visto no capítulo anterior que, nos termos do Decreto-lei 200, de 25.2.1967, a Administração indireta é integrada por autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. Cumpre, pois, analisar cada uma destas figuras.

I. Autarquias

Conceito

2. Sinteticamente, mas com precisão, as autarquias podem ser definidas como "pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa".

O Decreto-lei 200 as caracteriza, com grande infelicidade, nos seguintes termos: "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Como definição, o enunciado normativo não vale nada. Sequer permite ao intérprete identificar quando a figura legalmente instaurada tem ou não natureza autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir: a personalidade de Direito Público. Exatamente por serem pessoas de Direito Público é que as autarquias podem ser *titulares* de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, sendo

pessoas de Direito Privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas; não, porém, para titularizar as atividades públicas.

Além disto, uma vez que lei crie uma dada entidade autárquica, isto é, uma pessoa de Direito Público dotada de capacidade exclusivamente administrativa, o só fato de fazê-lo já implica, de per si, que a atividade que lhe seja cometida passe, *ipso facto*, a ser qualificada como típica da Administração Pública, e como tal terá de ser havida.

3. O certo é que doutrina e jurisprudência jamais hesitaram em reconhecer o caráter de entidade autárquica às pessoas meramente administrativas revestidas de personalidade de Direito Público.

Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; *não são subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de "autonomia" financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.

Sempre se entendeu, pois, como é natural, que as autarquias, por serem pessoas, embora intraestatais, são centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado.

Na mesma linha, e pelos mesmos fundamentos, doutrina e jurisprudência sempre consideraram, outrossim, que quaisquer pleitos administrativos ou judiciais, decorrentes de atos que lhes fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam de ser propostos – e não contra o Estado. Disto se segue igualmente que perante terceiros *as autarquias são responsáveis pelos próprios comportamentos. A responsabilidade do Estado, em relação a eles, é apenas subsidiária.*

Regime jurídico

4. Para referir os traços básicos do regime jurídico das autarquias, pode-se, com propósitos didáticos, dividir o assunto nos se-

guintes tópicos: a) relações com a pessoa da qual são Administração indireta; b) relações com terceiros; e c) relações internas.

a) Relações com a pessoa que as criou

5. No que concerne às relações com a pessoa que lhes deu origem, dois temas se propõem: a) o concernente a sua criação e extinção; e b) o do controle a que se submetem, pois a autonomia do serviço, a que alude a definição legal de autarquia e que decorre da própria razão de existir destas entidades, evidentemente existe nos termos da lei. Portanto, fica balizada pelas disposições contidas no Decreto-lei 200[1] ou outras normas esparsas de controle.

6. Criação e extinção – As autarquias, conforme generalizada lição e pacífico entendimento da jurisprudência, *só por lei podem ser criadas*, o que, aliás, está hoje expressamente estabelecido na própria Constituição (art. 37, XIX). Evidentemente, à Administração faleceria o poder de fracionar-se *sponte propria* em segmentos personalizados, tanto mais porque nem ela mesma (Administração) se constitui em pessoa, isto é, em sujeito distinto do Estado, já que não passa de um seu conjunto orgânico específico.

Assim, também, *só por lei poderiam ser extintas*, pois ato administrativo não poderia destruir o que se construiu por norma de hierarquia superior.

7. O controle – O *controle das autarquias*, às vezes designado, sobretudo na doutrina estrangeira, como *tutela*,[2] é o *poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado*.[3] De acordo com o citado Decreto-lei 200,

1. É verdade, entretanto, que como este diploma não tem força jurídica superior a qualquer outra norma de nível legal, a lei que ulteriormente venha a criar uma determinada autarquia pode configurar-lhe um âmbito de liberdade mais ou menos extenso do que o estabelecido no Decreto-lei 200, pois, como é claro, lei posterior revoga a anterior quando com ela incompatível.

2. Embora a doutrina costume censurar o uso da expressão "tutela", referindo que a homonímia com o instituto de Direito Civil em nada contribui para esclarecer o tema e só pode ser fonte de confusões, o fato é que nem por isso deixa de utilizá-la.

3. Pode ocorrer de existirem autarquias "dentro" de autarquias. Assim, a autarquia Hospital das Clínicas do Estado de São Paulo é uma autarquia dentro da autarquia Universidade de São Paulo. Em casos desta ordem o controle pode ser exercido por

portanto, na órbita federal, este controle é designado "supervisão ministerial". Todas as entidades da Administração indireta encontram-se sujeitas ou à supervisão do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas – que a exercerá auxiliado pelos órgãos superiores do Ministério – ou da Presidência da República, tratando-se de autarquia diretamente vinculada a ela (art. 19).

São objetivos deste controle ou "supervisão" assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seu ato de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo no correspondente setor de atividade; zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pelo asseguramento de sua autonomia administrativa, operacional e financeira.

Para cumprir tais propósitos, é de alçada ministerial designar os dirigentes da entidade; receber sistematicamente relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que lhe permitam acompanhar as atividades da entidade e a execução de seu orçamento-programa, bem como da programação financeira aprovada pelo Governo; aprovar-lhe a proposta de orçamento-programa e programação financeira; aprovar balanços, balancetes e relatórios; fixar as despesas de pessoal e de administração; fixar critérios para gastos de publicidade e divulgação; realizar auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; e, finalmente, nela efetivar intervenção, caso o interesse público o requeira (parágrafo único do art. 26 do Decreto-lei 200).

Dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexiste relação *hierárquica* entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos. Assim, só poderia caber o chamado recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma outra lei). Sem embargo, é certo que, nos termos do art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição, a todos é assegurado, independentemente do pagamento de taxas, "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder". Assim, configurando-se o caso, a autoridade supervisora poderá encontrar-se obrigada a exercer os cabíveis poderes de supervisão sempre que o ato atacado incorra em alguma das hipóteses que os suscitam.

órgãos da entidade autárquica na qual outra esteja inserida, sem prejuízo daquele exercitado sobre a "autarquia-mãe" pela Administração Central.

8. Tipos de controle – Em linha teórica, pode-se dizer que o controle, quanto ao seu escopo, se divide em controle *de legitimidade* e *de mérito*. Será *de legitimidade* quando a lei haja habilitado o controlador a examinar a conformidade do comportamento autárquico com os ditames legais; e será *de mérito* quando, por força de lei, ao controlador assista apreciá-lo também sob o ângulo da conveniência e oportunidade, caso em que, evidentemente, seus poderes terão intensidade maior.

Considerado por outro aspecto, ou seja, o do momento em que pode ser exercido, o controle será *preventivo* ou *repressivo*. Tem-se controle *preventivo* quando a autarquia, para praticar determinado ato, ou para que este adquira eficácia, depende de prévia manifestação do controlador. Será *repressivo* o controle quando só tem lugar depois da produção do ato e não é requisito condicionador de sua eficácia. Evidentemente, é a lei que confere caráter preventivo ou repressivo ao controle que haja instaurado.

Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece.[4] Com efeito, se o Legislativo entendeu de fraturar a unidade da Administração, criando tais sujeitos como pessoas diferentes do Estado, ou seja, como entidades da Administração indireta, o Executivo não poderia, por si mesmo, recompor tal unidade. A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo hão de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer o controle da entidade autárquica. Tal controle configura a chamada tutela *ordinária*. Cumpre observar, entretanto, que a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrumente, o que denominam de tutela *extraordinária*.

9. Além deste controle efetuado pelo Executivo, as autarquias sujeitam-se ao que é exercido pelo Tribunal de Contas da União,

4. No Direito francês é comum o uso da expressão: "Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au delà des textes" (cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 278). Em Portugal, Marcello Caetano enunciou a seguinte pertinente observação: "Os poderes da tutela administrativa não se presumem". Esclarece que os atos das autarquias só estão sujeitos a tutela nos termos expressamente fixados na lei, isto é, apenas "os atos que a lei dispuser, pela forma e para os efeitos estabelecidos e pelos órgãos aí designados" (*Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., 1963, p. 172).

órgão auxiliar do Congresso Nacional, competente para julgar as contas dos administradores autárquicos como de outros administradores e responsáveis por bens ou valores públicos; apreciar, para fins de registro, as admissões de pessoal e concessões de aposentadoria; realizar, por iniciativa própria ou de uma das Casas do Congresso ou de Comissão delas, auditorias e inspeções; aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei; assinar prazo, em caso de ilegalidade verificada, para que sejam tomadas as providências corretivas; sustar, se não atendido, o ato impugnado, comunicando à Câmara e ao Senado, ou, se de contrato se tratar, solicitar que o Congresso Nacional o faça, tudo conforme previsto no art. 71 e incisos do Texto Constitucional. De resto, a teor do art. 49, X, é competência exclusiva do Congresso Nacional: "fiscalizar e controlar diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta".

10. Afora isto, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular visando a anular ato lesivo ao patrimônio público em que incorram autoridades autárquicas (art. 5º, LXXIII, da Constituição).

b) Relações com terceiros

11. No que respeita às relações com terceiros, a posição jurídica das autarquias, por serem pessoas de Direito Público, é equivalente à que corresponde à própria Administração direta, embora, evidentemente, restrita à índole e ao setor de atividade que lhes seja afeto. Donde pode-se dizer que, de um modo geral, desfrutam das mesmas prerrogativas genéricas, poderes e, reversamente, sujeições que vinculam o Estado.

12. Atos e contratos – Assim, seus *atos* são atos administrativos e, como tais, revestidos de presunção de legitimidade, exigibilidade e executoriedade, nos mesmos termos e condições que assistiriam a quaisquer atos administrativos dotados destes atributos.

Seus *contratos* são contratos administrativos e, por isto, regulados pela legislação específica que os contempla, inclusive no que concerne à obrigação de serem precedidos por licitação pública (Lei 8.666, de 21.6.1993), salvo nos casos ali previstos como de dispensa ou inexigibilidade de tal procedimento. Aliás, o próprio Texto Constitucional do país, em seu art. 37, XXI, impõe a quaisquer pessoas da "Administração direta e indireta", de qualquer dos Poderes e em

quaisquer níveis de governo, o dever de procederem a licitação pública para a obtenção contratual de serviços de terceiros, realização de obras, aquisição e alienação de bens, reforçando tal exigência, no art. 175, quando se trate de permissão e concessão de serviços públicos.

13. Responsabilidade direta das autarquias e subsidiária do Estado – Por ser sujeito de direitos, a autarquia, como se disse, *responde pelos próprios atos*. Apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá responsabilidade do Estado; responsabilidade subsidiária, portanto. Esta se justifica, então, pelo fato de que, se alguém foi lesado por criatura que não tem mais como responder por isto, quem a criou outorgando-lhe poderes pertinentes a si próprio, propiciando nisto a conduta gravosa reparável, não pode eximir-se de tais consequências.

A responsabilidade das autarquias pelos comportamentos lesivos a terceiros é da mesma índole da responsabilidade do Estado. Com efeito, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal dispõe que: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". A interpretação dominante no Direito brasileiro, desde a Constituição de 1946, onde se introduziu dispositivo similar, sempre foi a de que a regra geral, destarte instaurada, é a da responsabilidade objetiva; ou seja: provado o nexo causal entre o comportamento do Poder Público e o dano sofrido, é desnecessária a existência de dolo ou culpa para ter-se como estabelecida a obrigação de a entidade pública indenizar o lesado; tese, esta, que nos parece merecer reparo no tocante a comportamentos omissivos, conforme ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[5] com sua habitual precisão. Deste tema trataremos no capítulo próprio (Capítulo XX, "Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado").

14. Prescrição de ações contra elas – A demanda judicial, entretanto, há de ser instaurada dentro em cinco anos do evento danoso, pois, de acordo com o Decreto 20.910, de 6.1.1932,[6] todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública prescreve no prazo

5. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 487.

6. À época, o Congresso Nacional estava dissolvido e o Executivo legislava por decreto.

de cinco anos, regra, esta, que foi expressamente estendida às autarquias pelo Decreto-lei 4.597, de 19.8.1942, exceto se lei especial instituir prazo diferente.

15. Bens autárquicos: impossibilidade de execução sobre eles – Os *bens das autarquias* são considerados bens públicos e, por isto, protegidos na conformidade do regime próprio que se lhes aplica, do que decorre que (a) quando forem de uso comum ou de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem tal qualificação (Código Civil de 2002, art. 100), ao passo que os dominicais podem ser alienados observadas as exigências da lei (art. 101 do mesmo Código); (b) são todos eles insuscetíveis de usucapião (art. 200 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, e especificamente em relação a imóveis: arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, e 102 do Código Civil de 2002); e (c) não podem ser objeto de direitos reais de garantia, pois não são excutíveis, conforme a seguir se esclarece.

É que, a teor do art. 100 da Constituição, há uma forma especial de satisfação dos créditos contra a Fazenda Pública, *estando excluída a possibilidade de penhora deles* (v. Capítulo XX, ns. 105 e 106).

16. Imunidade a impostos – Além disto, simetricamente à imunidade recíproca a impostos, que vigora entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 150, VI, "a", da Constituição Federal), os *bens, rendas e serviços* das autarquias, embora apenas quando vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes, são protegidos pelo mesmo benefício, *ex vi* do § 2º do referido artigo.

c) Relações internas

17. Procedimentos financeiros – No que atina às relações internas das autarquias, seus *procedimentos financeiros* obedecem às mesmas regras de contabilidade pública aplicáveis à Administração direta do Estado. É dizer: estão sujeitas às normas gerais de Direito Financeiro constantes da Lei 4.320, de 17.3.1964, impositiva para União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas autarquias. Estão, ainda, colhidas pelas normas previstas na chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, isto é, a Lei Complementar 101, de 4.5.2000 – o que, de resto, nela está expressamente estabelecido no art. 1º, § 3º, I, "b".

18. Regime de pessoal – Quanto ao regime de pessoal dos servidores autárquicos, é o mesmo dos servidores da Administração direta, desde a Lei 8.112, de 11.12.1990, promulgada em atendimento ao dantes disposto no art. 39 da Constituição, que impôs a adoção de

um regime único de pessoal para a Administração direta, autarquias e fundações públicas. Portanto, o vínculo existente entre autarquias e seus servidores não é de natureza contratual, mas institucional ou "estatutário". A partir do chamado "Emendão" (Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), foi alterado o art. 39, que pretendeu extinguir o regime jurídico único. Sem embargo, o STF, por força de medida liminar na ADI 2.135-4, em 28.2.2007 suspendeu a eficácia do *caput* do citado artigo, com o quê voltou a vigorar, embora com efeitos *ex nunc* a regra impositiva do regime jurídico único.[7]

Diversa, entretanto, é a situação do pessoal das autarquias denominadas "agências reguladoras". Por força de disposições inconstitucionais (como se verá mais além) introduzidas pela Lei 9.986, de 18.7.2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências, o regime é o de emprego público, disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Dito regime, entretanto, está liminarmente suspenso, por despacho do eminente Min. Marco Aurélio na ADI 2.310-1-DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, o qual, com sua costumeira clarividência, ressaltou-lhe a incompatibilidade com as funções fiscalizadoras exercidas pelas sobreditas agências. Anote-se, entretanto, que, por força da Lei 10.871, de 20.5.2004, grande quantidade de antigos empregos em tais agências passaram a ser previstos como cargos.[8] Entretanto, provavelmente no intuito de que a inconstitucionalidade pudesse persistir, já agora sem a precedente ostensividade, no art. 27, § 2º, ficou estabelecido que os empregados da Administração Pública que estivessem requisitados nas agências nelas permaneceriam no exercício das mesmas funções, salvo se viessem a ser devolvidos ou se seus contratos de trabalho se extinguissem ou fossem rescindidos. Além disto, valendo-se da disposição constitucional estabelecida no art. 37, IX, previram a admissão de pessoal técnico mediante contrato de trabalho por

7. Ao tempo em que vigorava a redação original do art. 39, ora restaurada pela referida ADI 2.135-4, a aludida uniformidade processou-se no interior de cada uma das órbitas, e não no País como um todo. Obedecidas as disposições constitucionais sobre o assunto, impositivas – estas, sim – para União, Estados Federados, Municípios e Distrito Federal, cada um destes sujeitos legislou para os respectivos servidores, conforme estatuía o art. 39 da Lei Maior.

8. São os de encarregado de regulação e fiscalização, de nível superior, em diversas Agências, bem como de suporte a tais regulações e fiscalizações, postos à compita de técnicos de nível intermediário, assim como os de analista administrativo de nível superior e técnico administrativo de nível intermediário, bem como de especialista em geologia e geofísica do petróleo e gás natural ocupado com atividades de nível superior.

prazo determinado (por 12 meses), prorrogável desde que sua duração total não ultrapasse 24 meses. Aqueles que já estivessem contratados nesta qualidade poderiam ter seus contratos prorrogados por mais 24 meses, desde que não ultrapassassem 31 de dezembro de 2005.

Autarquias especiais ou sob regime especial

19. No passado fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial, para referir as universidades, querendo-se significar, com tal rotulação, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos. Isto como decorrência tanto da legislação de ensino, em nome da liberdade de pensamento e orientação pedagógica, quanto da circunstância de que seus dirigentes máximos são escolhidos mediante processo prestigiador da comunidade universitária e com mandatos a prazo certo, excluindo-se ou minimizando-se interferências externas ao meio universitário. De fato, o próprio art. 207 da Constituição estatui que "As universidades gozam de *autonomia didático-científica, administrativa* e de ***gestão financeira e patrimonial***, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão".

20. Nos últimos anos, como fruto da maltramada "Reforma Administrativa", surgiram algumas autarquias qualificadas como "autarquias sob regime especial". São elas as denominadas "agências reguladoras". Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A ideia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das "agências reguladoras" em confronto com a generalidade das autarquias.

É o que se fará em seguida, registrando-se, por ora, que a única particularidade marcante do tal *regime especial* é a nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo. Cabe, entretanto, anotar desde já que tal garantia não pode ser entendida como capaz de ultrapassar o período de governo da autoridade que procedeu às nomeações, pois isto violaria prerrogativas constitucionais de seu sucessor. Os demais traços que são apontados nas

leis disciplinadoras de algumas das agências reguladoras para caracterizar o regime especial nada lhes agregam de peculiar em relação a quaisquer outras autarquias.

Agências reguladoras

21. Como dantes se disse, as agências reguladoras são *autarquias sob regime especial*, ultimamente criadas com a finalidade de *disciplinar e controlar certas atividades*. Algumas das atividades afetas à disciplina e controle de tais entidades são:

(a) *serviços públicos propriamente ditos*. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei 9.427, de 26.12.1996, e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei 9.472, de 16.7.1997,[9] da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, criadas pela Lei 10.233, de 5.6.2001, e da Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei 11.182, de 27.9.2005;[10]

(b) *atividades de fomento e fiscalização de atividade privada*, caso da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, criada pela inconstitucional MP 2.281-1, de 6.9.2001, alterada pela Lei 10.454, de 13.5.2002;

(c) *atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*[11] cuja disciplina e controle competem à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, criada pela Lei 9.478, de 6.8.1997.[12]

9. Seus regulamentos foram expedidos pelos Decretos 2.335, de 6.10.1997, e 2.338, de 7.10.1997, respectivamente.

10. Seus regulamentos foram expedidos pelos Decretos 4.130, de 13.2.2002, 4.122, de 13.2.2002, e 5.731, de 20.3.2006, respectivamente.

Anote-se que em vários Estados foram criadas agências reguladoras de serviço público (Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe).

11. Aqui não se trata de serviço público, mas de atividade sob regime de monopólio estatal (art. 177, I-IV), flexibilizado por emenda constitucional patrocinada pelo Governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso: a de n. 9, de 9.11.1995, que inclui um § 1º ao art. 177, o qual veio a permitir que a União contrate com empresas privadas as atividades previstas nos incisos I a IV do mesmo artigo. Sobre a diferença entre *serviço público* e *monopólio*, v. Capítulo XIII, ns. 30 e 31.

12. Seu regulamento foi expedido pelo Decreto 2.455, de 14.1.1998.

(d) *atividades que o Estado também protagoniza* (e quando o fizer serão serviços públicos), *mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares*. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina de controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, criada pela Lei 9.782, de 26.1.1999[13] (hoje denominada ANVISA, por força da MP 2.190-34, de 23.8.2001), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961, de 28.1.2000.[14]

(e) Finalmente, há, ainda, *agência reguladora do uso de bem público*, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei 9.984, de 17.7.2000.[15]

Anote-se, derradeiramente, que há uma entidade cujas funções são de índole equivalente às das "agências reguladoras" e à qual também veio a ser atribuído o qualificativo de autarquia "sob regime especial", mas que não recebeu a designação de "agência", pois foi mantido seu nome original: Comissão de Valores Mobiliários – CVM.[16]

Até o presente, as únicas "agências reguladoras" criadas com as características referidas são as que foram mencionadas.[17] Tem-se-lhes

13. Seu regulamento foi expedido pelo Decreto 3.029, de 16.4.1999.

14. Seu regulamento foi expedido pelo Decreto 3.327, de 5.1.2000.

15. Seu regulamento foi expedido pelo Decreto 3.692, de 19.12.2000.

16. Isto, em decorrência da inconstitucional MP 8, de 31.10.2001 (padecente de tal vício porque expedida fora dos pressupostos estabelecidos no art. 62 da Constituição e hoje convertida na Lei 10.411, de 26.2.2002), que alterou alguns artigos da Lei 6.385, de 7.12.1976. De acordo com a nova redação do art. 5º, a CVM é dotada de "autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária". Seu artigo 6º, também alterado, dispõe que o Presidente e os quatro diretores da autarquia serão nomeados pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais e, na conformidade do § 2º, só perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

17. Houve outras autarquias especiais, criadas ou patrocinadas pelo Executivo, que também foram denominadas "agências", mas que, ulteriormente, perderam tal denominação, retornando a designação original. É o caso da Agência de Desenvolvimento do Nordeste/ADENE e da Agência do Desenvolvimento da Amazônia/ADA, criadas pela inconstitucional MP 2.145, de 2.5.2001, que extinguiu a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE e a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM. Ulteriormente, esta MP foi desdobrada em duas: respectivamente, as MPs 2.156-5 e 2.157-5, ambas de 24.8.2001. Recentemente, todavia, tanto a SUDENE quando a SUDAM foram recriadas, respectivamente, pelas Leis Complementares 124 e 125, ambas de 3.1.2007, e extintas as Agências mencionadas,

atribuído tal nome pois a função que exercem é a de regular e fiscalizar os assuntos atinentes a suas respectivas esferas de atuação.

22. Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal "Reforma Administrativa", provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana ("agência"). A autarquia Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, por exemplo, cumpria exatamente a finalidade ora irrogada à ANEEL, tanto que o art. 31 da lei transfere à nova pessoa todo o acervo técnico, patrimonial, obrigações, direitos e receitas do DNAEE. Em sua aprofundada monografia sobre agências reguladoras – trabalho de indiscutíveis méritos –, Paulo Roberto Ferreira Motta traz à colação inúmeros outros exemplos.[18]

23. O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio, a resposta não é difícil.

Dado o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de

por elas sucedidas no patrimônio e em direitos e obrigações. De outro lado, há o caso de agência, a Agência Espacial Brasileira – AEB, criada pela Lei 8.854, de 10.12.1994, que, todavia, não se constitui em "autarquia especial", pelo que não reproduz os caracteres jurídicos que a caracterizam. Finalmente, há, ainda, um órgão, portanto unidade da Administração direta e não uma autarquia, que recebeu o nome de "agência": é a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, criada pela Lei 9.883, de 7.12.1999, alterada pela inconstitucional MP 2.216-37, de 31.8.2001, que veio a ocupar o lugar dantes preenchido, no tempo da última ditadura, pelo SNI (Serviço Nacional de Informações). É fácil notar que o Governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso – e quem sabe até ele mesmo – foram tomados por um tocante entusiasmo pela nomenclatura "agência". Presumivelmente isto se deve ao fato de imaginarem que uma terminologia corrente na organização administrativa norte-americana ("Central Intelligence Agency" – CIA, por exemplo) conferiria prestígio e certa grandiosidade às nossas instituições ornadas com o mesmo nome. Aliás, é sabido que países subdesenvolvidos muitas vezes têm uma reverência servil para com os desenvolvidos. Será talvez o atavismo cultural dos colonizados.

18. *Agências Reguladoras*, ed. Manole, 2003, pp. 12-16.

providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial" (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15).

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*.[19] Alexandre Mazza recusa-lhes, inclusive, a possibilidade de uma competência regulamentar propriamente dita, fundado na singela mas certeira observação de que esta é, pelo Texto Constitucional, declarada privativa do Chefe do Poder Executivo.[20]

Desgraçadamente, pode-se prever que ditas "agências" certamente exorbitarão de seus poderes. Fundadas na titulação que lhes foi atribuída, irão supor-se – e assim o farão, naturalmente, todos os desavisados – investidas dos mesmos poderes que as "agências" norte-americanas possuem, o que seria descabido em face do Direito brasileiro, cuja estrutura e índole são radicalmente diversas do Direito norte-americano. Marcelo Figueiredo bem anota que: "No Direito Constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, pelo que vimos, não haveria como criar 'entidades interme-

19. Paulo Roberto Ferreira Motta, no Capítulo IV de seu precitado livro sobre *Agências Reguladoras*, faz uma excelente exposição sobre a tendência de enfraquecimento do Legislativo e correlato fortalecimento do Executivo, que servem de apoio à "modernosa" tese – a nosso ver, francamente insustentável ante o Direito Constitucional brasileiro – de reconhecer às sobreditas agências um poder normativo amplo. O autor em questão encara com perceptível hostilidade a perspectiva de um poder normativo amplo de tais sujeitos. Inclinação que nos parece inversa é a manifestada por Leila Cuéllar em sua monografia precisamente sobre este tema: *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001, pp. 136 e ss.

20. *Agências Reguladoras*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pp. 180-181.

diárias' com poderes legislativos ausentes espaço, assento ou previsão constitucional".[21]

24. Anotou-se que as "agências reguladoras" são autarquias "sob regime especial". Afinal, em que consistiriam seus regimes especiais? Quatro das leis suprarreferidas propõem-se a esclarecer o que tipificaria os "regimes especiais" a que aludem. Assim, a lei da ANATEL, em seu art. 8º, § 2º, apresenta como seus traços especificadores "independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira". A lei da ANS, no art. 1º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime "autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes"; a lei da ANVISA (dantes denominada ANVS), no art. 3º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime "independência administrativa, a estabilidade de seus dirigentes e a autonomia financeira" e a lei criadora da ANTT e da ANTAQ indicam, no art. 21, § 2º, que o regime autárquico especial é caracterizado pela "independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes".

Ora, "independência administrativa" ou "autonomia administrativa", "autonomia financeira", "autonomia funcional" e "patrimonial e da gestão de recursos humanos" ou de quaisquer outros que lhe pertençam, "autonomia nas suas decisões técnicas", "ausência de subordinação hierárquica", são elementos intrínsecos à natureza de *toda e qualquer autarquia*, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres.

25. Assim, o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas, e que se contém nos arts. 5º e parágrafo único, 6º e 9º da precitada Lei 9.986, de 18.7.2000 (que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras), alterada pelas inconstitucionais MPs 2.216-37, de 31.8.2001, e 2.229-43, de 6.9.2001, e Lei 10.470, de 25.6.2002.

21. *As Agências Reguladoras – O Estado de Direito Democrático no Brasil e sua Atividade Normativa*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 174.

Neles, de fora parte ficar estabelecido que suas autoridades máximas, bem como os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria, devem ser "brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados" (atributos enaltecedores, estes, que no Brasil, como se sabe, têm a elasticidade que lhes queira dar a autoridade nomeante), estatui-se que serão "escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal (...) e *com mandato fixo, a prazo certo*". Disposições análogas, ainda que nem sempre exigentes dos mesmos atributos, já se encontravam nas leis específicas de cada agência.

A fixidez do mandato está explicitadas de modo estrito na regra contida no art. 9º, de acordo com a qual: "Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar".[22]

26. Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se *além de um mesmo período governamental*.

Parece-nos evidentíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.[23]

Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassas-

22. No caso da ANVISA (dantes denominada ANVS), "improbidade administrativa, condenação *penal* transitada em julgado ou descumprimento injustificado do contrato de gestão" (a teor do art. 12). No caso da ANS menciona-se condenação *penal* transitada em julgado, condenação em processo administrativo, instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas e descumprimento injustificado do estabelecido em contrato de gestão (art. 8º). Tanto a lei da ANVISA (dantes denominada ANVS) quanto a da ANS só ofereceram tais garantias após quatro meses de mandato. É evidente que a restrição a "condenação *penal*" é juridicamente inadmissível. Se por mero processo administrativo pode ser perdido o mandato, não se admitiria que ficasse impedida a perda nos casos de condenação em processo não penal, quando o dirigente houvesse praticado infração administrativa grave, para a qual fosse prevista tal sanção.

23. Em sua citada monografia sobre *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo* também Leila Cuéllar acoima de inconstitucional a proibição de o Presidente demitir *ad nutum* os dirigentes destas entidades (Dialética, 2001, p. 100).

se a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma *fraude contra o próprio povo*.[24]

Veja-se a que absurdos conduziria interpretação diversa da ora apresentada como correta: para prolongar a orientação que quisesse imprimir à Administração Pública, inibindo a sobrevinda de diretrizes novas próprias dos que ascendessem nas eleições sucessivas, bastaria ao grupo no Poder transformar todos os principais setores administrativos em entidades comandadas por dirigentes com mandatos – *como foi feito no Governo que findou em 2002* – que ultrapassassem o próprio período. Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a ideia de Democracia e de República.

Logo, é de se concluir que a garantia dos mandatos dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental em que foram nomeados. Encerrado tal período governamental, independentemente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo. O STF ainda não teve ocasião de pronunciar-se sobre este tópico específico.[25]

24. É precisamente o que vinha sendo feito pelo governo neoliberal do Sr. Fernando Henrique Cardoso. Vinha criando uma autarquia especial atrás da outra e obviamente eram nomeadas para dirigi-las pessoas de confiança do grupo que ocupava o Poder. Com isto certamente pretendia manter o controle da máquina administrativa pública e dos rumos que lhe vinham sendo imprimidos, mesmo em caso de derrota nas eleições, como a final sucedeu.

25. Quanto ao tema da demissibilidade, genericamente considerada – isto é, independentemente do período de mandato do nomeante –, a Súmula 25 daquele Pretório estabelece que: "A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia", com a ressalva constante da Súmula 47. De acordo com ela: "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura". Sem embargo, mais recentemente, o STF, na ADI 1.668-DF, movida pelo PC do B, PT e PDT e PSB, sessão de 20.8.1998, recusou suspender por inconstitucional, dentre outros dispositivos, o § 2º do art. 8º da lei da ANATEL, segundo cujos termos: "A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira". Mais recentemente ainda, na ADI 1.949-0-RS, requerente o Governador do Estado e requerida a Assembleia Legislativa, ao exami-

27. No tocante ao regime jurídico dos servidores das "agências reguladoras", o art. 1º da citada Lei 9.986, previa que as relações de trabalho nessas agências, seriam as de emprego público, subordinadas à legislação trabalhista. Mesmo deixando-se de lado o fato de que, segundo entendemos, nunca poderá haver regime trabalhista puro – isto é, livre da ingerência de certos princípios de Direito Público nas relações de trabalho travadas com entidades de Direito Público –, ao nosso ver era inconstitucional a generalização do Direito do Trabalho para o pessoal das sobreditas agências. Isto mesmo foi o que decidiu o Min. Marco Aurélio ao suspender, em apreciação liminar, entre outros, o citado art. 1º da Lei 9.986, na ADI 2.310-1-DF, firmando, de maneira irrespondível, que a natureza da atividade desempenhada pelas agências reguladoras demandava regime de cargo público e se incompatibilizava com o de emprego. Com efeito, o regime *normal* de quem presta serviços, de modo regular e contínuo, para pessoas de Direito Público terá de ser o estatutário, ainda que sejam admissíveis hipóteses em que há perfeita cabida para o regime trabalhista. Tal matéria, entretanto, está abordada no local próprio, ao tratarmos dos servidores públicos (Capítulo V, ns. 18-22). Limitamo-nos, aqui, a registrar que seria um contrassenso total que a CF se afadigasse – e amplissimamente – a desenhar as regras fundamentais presidentes do regime estatutário para os servidores públicos, ficando, ao depois, livre para o legislador adotá-lo ou não, a seu alvedrio. Disto decorre que o fato de a CF também contemplar a possibilidade de empregos públicos não poderia significar eleição de regime trabalhista em quaisquer hipóteses, sem nenhum balizamento, isto é meramente ao sabor de disposições infraconstitucionais.

Essa flagrante inconstitucionalidade cessou com o advento da Lei 10.871, de 20.5.2004, que revogou, dentre outros, o art. 1º da Lei 9.986, ao prever a criação de cargos públicos e respectivas carreiras nas "agências reguladoras" ensejando, outrossim, a extinção da ADI 2.310-1, por perda superveniente de seu objeto.

nar dispositivo da Lei 10.931/1997, com a redação que lhe deu a Lei 11.292/1998, segundo o qual somente a Assembleia poderia destituir, no curso de seus mandatos, conselheiros de Agência de Serviços Delegados, em sessão de 18.11.1999, o STF suspendeu a norma em questão, "sem prejuízo de restrições à demissibilidade, pelo Governador do Estado, sem justo motivo". Ocorre que as duas decisões citadas o foram em liminar, o que equivale a dizer que o ponto de vista daquela Corte ainda não é nada claro.

Sem embargo, como o escândalo nesta matéria é endêmico, na lei da Agência Nacional de Petróleo (ANP), Lei 9.478, de 6.8.1977, em seu art. 76, foi inconstitucionalmente prevista a possibilidade de contratar especialistas para a execução de trabalhos nas *áreas técnica, econômica e jurídica (**inclusive jurídica**), por projetos ou prazos limitados, com dispensa de licitação* nos casos previstos na legislação aplicável, pretendendo valer-se, indevidamente, do disposto no art. 37, XI, da Constituição, segundo o qual "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", preceptivo este, hoje, regulado pela Lei 8.745, de 9.12.1993, com inúmeras alterações ocorridas ao longo do tempo, as últimas das quais constam dos arts. 166 e 173 da Lei 11.784, de 22.9.2008.

28. Nota-se na legislação respeitante às "agências reguladoras" o propósito de fugir das formas licitatórias previstas na Lei 8.666, de 21.6.1993 (que instituiu as normas gerais de licitações e contratos).

A lei da ANP, deslavadamente, estabelece que para aquisição de bens e serviços a PETROBRÁS licitará *nos termos definidos por decreto do Presidente da República* (art. 67). No que atina às concessões para desempenho de atividades relativas à indústria petrolífera a ANP obedecerá ao regulamento que ela mesma estabelecer, pois, consoante dispõe seu art. 23, além disto, estará submissa ao estabelecido em sua lei criadora, a qual, contudo, em relação ao procedimento licitatório e suas cautelas para garantia da isonomia entre licitantes praticamente nada dispõe.

Sabendo-se, como se sabe, que a *legislação* de licitação é instrumento prestante para coibir favoritismos e corrupção nas licitações, em benefício de uma escolha respeitosa da isonomia e preordenada a obter o melhor negócio para o contratante governamental, entregar a disciplina delas ao próprio Poder Executivo ou às entidades que as vão realizar, como previsto tanto na lei da ANATEL quanto na da ANP, é praticamente escancarar as portas para que sejam reguladas em termos propiciatórios de tudo aquilo a que se quer obstar e é, em suma, *contravir a própria razão do art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual, desenganadamente, **pressupõe lei**, e não atos administrativos regentes de licitação. Tais disposições são, pois, **manifestamente inconstitucionais**.*

29. Este empenho do Poder Executivo ao tempo do Governo anterior em se evadir às normas gerais de licitação estabelecidas na

Lei 8.666 foi certamente o que levou à introdução em nosso Direito de novas figuras licitatórias – isto é, "pregão" e "consulta" –, as quais aparecem pela primeira vez no parágrafo único do art. 54 da lei da ANATEL. A cabeça do artigo impõe a essa Agência a obrigação de obedecer à Lei 8.666 tão só para a contratação de obras e serviços de engenharia, pois nos demais casos poderá adotar, conforme prevê o parágrafo único desse dispositivo, procedimentos próprios, nas modalidades de "consulta e pregão" (v. Capítulo IX), *a serem disciplinados pela própria Agência*, consoante dispõe o art. 55. Idem no que concerne às outorgas de concessões e permissões (arts. 89 e 119).

Anote-se, de passagem, que, nos termos do art. 211 da Lei da ANATEL, a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (televisão) *permanecerá "no âmbito de competências do Poder Executivo"*, o que significa a imoral e grosseiramente inconstitucional persistência do sistema baseado em puro favoritismo.

30. Ulteriormente o pregão foi regulado pela inconstitucional MP 2.026, de 1.6.2000, ocasião em que sua aplicação foi prevista para toda a esfera *federal*. Hoje está regulado na Lei 10.520, de 17.7.2.002 (que sucedeu a inconstitucional MP 2.182-18, de 23.8.2001). Por esta lei, sua aplicabilidade foi prevista para todo o país. Já a consulta, que nela não foi mencionada, ficou cifrada unicamente às *agências reguladoras*, por força do art. 37 da mencionada Lei 9.986, de 18.7.2000 (que disciplina as relações de trabalho nas agências reguladoras e dá outras providências).

O pregão, enquanto não foi configurado em lei, era inconstitucional. Já hoje não o é. Inversamente, a consulta, que, aliás, permanece restrita às agências reguladoras federais e não está disciplinada em lei, continua inconstitucional.

"Pregão", conforme resulta da Lei 10.520, de 10.7.2002, que hoje disciplina a matéria, é a modalidade de licitação *para aquisição de bens e serviços comuns*, qualquer que seja o valor estimado da contratação, *em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.*

De acordo com o parágrafo único do art. 1º, da lei, consideram-se bens e serviços comuns "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". Esta, aliás, é uma definição que, nas palavras de Alice Gonzalez Borges, "a final, não diz

nada".[26] Também Marçal Justen Filho, com sobras de razão, anota que qualquer bem pode ser objetivamente definido pelo edital. Afirma que o traço caracterizador de um objeto como comum "é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado".[27] Embora reportados à norma precedente, isto é, à medida provisória, o dispositivo que comentam é literalmente o mesmo de hoje.

Registre-se que as agências reguladoras, de acordo com o parágrafo único do mencionado art. 37 da lei em questão (n. 9.986), não podem utilizar o pregão para "as contratações referentes a obras e serviços de engenharia", pois em relação a elas devem ser observadas "as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública", que são as previstas na Lei 8.666.

Quanto à consulta, até hoje não há uma caracterização legal dela. Assim, esta figura não existe validamente. Sabe-se, apenas, que foi prevista para a ANATEL, como utilizável nas hipóteses em que não caiba o pregão, conforme o art. 58 da Lei 9.472, de 16.7.1997, e depois estendida a todas as demais agências reguladoras federais pelo art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000. O regulamento de contratações desta Agência, aprovado pela Resolução 5, de 15.1.1998, a título de desenvolver a previsão destes artigos, em seu art. 15 caracterizou a consulta como *modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns*.

31. Outro tópico que merece ser referido é que, conforme estabelecem o art. 76 da lei da ANP, o art. 34, § 2º, da lei da ANEEL, o art. 36, § 1º, da lei da ANVISA (dantes denominada ANVS) e o art. 16 da lei da ANA, as agências foram autorizadas à admissão de pessoal técnico em caráter temporário – fora, portanto, do regime de concurso público exigido no art. 37, II, da Constituição –, *por até 36 meses*. Pretendem estar subsumidos no próprio art. 37, IX, de acordo com o qual "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a *necessidade temporária de excepcional interesse público*".

26. "O pregão criado pela Medida Provisória n. 2.026/2000: breves reflexões e aspectos polêmicos", in *Informativo Licitação e Contratos* 77/547.

27. "Pregão: nova modalidade licitatória", *RDA* 221/12, julho-setembro/2000.

Bem se vê que a razão do dispositivo constitucional em apreço é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é *temporária*, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato *suprimento temporário de uma necessidade* (neste sentido, "necessidade temporária"), *por não haver tempo hábil para realizar concurso*, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

Ora, no caso das Agências citadas, se a atividade é *realmente* apenas temporária não se justifica contrato que possa se estender por 36 meses, que este seria um "temporário" longuíssimo. Se o preenchimento é que deveria ser temporário, pela necessidade ingente de preencher cargos ou empregos necessários, então é igualmente absurdo o prazo, pois não se concebe que seja necessário tanto tempo para realizar o cabível concurso público. Em suma: há nisto uma ostensiva burla ao disposto no art. 37, II, da Constituição, pelo quê *são inconstitucionais as regras introduzidas nas referidas leis de tais Agências*. Pelas duas amostras – intento de escapar ao rigor moralizante da Lei Geral de Licitações e admitir pessoal sem concurso público – bem se vê a que vieram as tais "agências controladoras".

Se tal despautério já não bastasse, foi ainda ampliado pela citada Lei 9.986, de 18.7.2000, cujo art. 26 estabeleceu: "As agências reguladoras já instaladas poderão, em caráter excepcional, prorrogar os contratos de trabalho temporários em vigor, por prazo máximo de vinte e quatro meses além daqueles previstos na legislação vigente, a partir do vencimento de cada contrato de trabalho".

32. Derradeiramente, convém assinalar que algumas das "agências reguladoras" – a ANEEL e a ANS, por força, respectivamente, dos arts. 7º e 14 da lei de cada qual – são também "agências executivas", expressão, esta, pouco esclarecedora e nada sugestiva do que significam. Delas se tratará no tópico imediato.

Agências executivas

33. Este *nomen juris* "agência executiva" ganhou *status* legal[28] com o advento da Lei 9.649, de 27.5.1998 (que dispôs sobre a orga-

28. A expressão "agências executivas" aparece em nosso Direito por via do Decreto 2.487, de 2.2.1998, como um qualificativo atribuível a *autarquias e funda-*

nização da Presidência da República e dos Ministérios), a qual tratou da matéria em dois artigos: os arts. 51 e 52.[29] Limitam-se a especificar que a qualificação de "agência executiva" será feita por ato do Presidente da República para as autarquias ou fundações que (I) tenham "um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento" e (II) hajam "celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor", caso em que o Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para elas visando a lhes assegurar autonomia de gestão e disponibilidade de recursos para cumprimento das metas constantes do contrato de gestão, o qual terá prazo mínimo de um ano.

É claro que, se tais medidas forem de mero cumprimento de lei, nenhuma peculiaridade haverá nisto. Se não o forem, isto é, se pretenderem inovar originariamente na ordem jurídica, serão inconstitucionais.

Quanto ao primeiro requisito para receber a qualificação de "agência executiva", já se vê que não passa de um conjunto de expressões sonoras, retumbantes e vazias. Quanto ao segundo, é preciso esclarecer em que consiste. Infelizmente também leva ao vazio. "Contrato de gestão" (com o Ministério supervisor) é, pelo menos até que se edite a lei prevista no art. 37, § 8º, da Constituição, uma figuração juridicamente inconsequente, um *nada* perante o Direito. Do contrato de gestão se tratará mais adiante. Cumpre, entretanto, dizer, com brevíssimas palavras, a que estavam aludindo os mencionados arts. 51 e 52 da Lei 9.649 ao falarem em "contrato de gestão".

ções integrantes da Administração Federal, por iniciativa do Ministério supervisor e desde que haja anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (extinto pela MP 1.795, de 1.1.1999, hoje 2.216-37, de 31.8.2001), que hajam "celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor" e possuam um "plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional" – palavras, estas, como se vê, retumbantes e ocas. O decreto, curiosamente, não indica quaisquer consequências extraíveis do qualificativo "agência executiva", de sorte que ele apresentava o sabor de uma "comenda". Decreto subsequente, de n. 2.488, da mesma data, **delega aos Ministros supervisores das entidades referidas competência para aprovar ou readequar estruturas regimentais e estatutos das agências. É óbvio, entretanto, que só poderiam modificar o que não constasse de lei, pena de inconstitucionalidade.**

29. Embora a referida lei haja sido substituída pela já mencionada Lei 10.683, de 28.5.2003, os citados arts. 51 e 52 não foram revogados, pois, a teor do art. 59 da Lei 10.683, só o foram os com ela incompatíveis.

34. Com a expressão "contrato de gestão" querem mencionar aquilo que, na verdade, não passa de um arremedo de contrato, uma encenação sem qualquer valor jurídico, pelo qual se documenta que a Administração Central "concede" à autarquia ou fundação maior liberdade de ação, isto é, mais autonomia, com a dispensa de determinados controles, e assume o "compromisso" de repasse regular de recursos em contrapartida do cumprimento por estas de determinado programa de atuação, com metas definidas e critérios precisos de avaliá-las, pena de sanções a serem aplicadas ao dirigente da autarquia ou fundação que firmou o "pseudocontrato" se, injustificadamente, o descumprir.

É evidente que se as competências da entidade, se sua liberdade, "autonomia", decorrem de lei e não podem ultrapassar o que nela se dispõe, resulta óbvio que a autoridade supervisora não tem qualquer poder em relação a isto. Quanto aos aspectos infralegais de sua organização e funcionamento, isto é, os que constam de atos subalternos, regulamentos expedidos por decreto do Presidente da República, só ele, unilateralmente, poderá modificá-los ou, mediante delegação aos Ministros, com base no art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal, ensejar que estes o façam. Competências não se transacionam, e muito menos por contrato. Pelo Decreto 2.488, de 2.2.1998, o Presidente delegou aos Ministros competência para aprovar ou readequar estruturas regimentais e estatutos das agências executivas afetas às respectivas Pastas.

35. Esta titulação, aparentemente, não leva a nada. Em rigor, a consequência única de relevo decorrente da qualificação de uma autarquia ou fundação como agência executiva é a que aparece não na lei própria, mas em outra lei, da mesma data dela (n. 9.648, de 27.5.1998); a saber: a *ampliação dos limites de isenção ao dever de licitar* para as agências executivas. Dita lei agregou aos 23 itens de dispensa de licitação previstos no art. 24 da Lei 8.666, de 21.6.1993, mais um, o de n. XXIV, e aí acrescentou um parágrafo único no qual amplia os limites de isenção ao dever de licitar quando se trate de sociedade de economia mista, empresa pública ou *agência executiva*. O que há, pois, por detrás desta qualificação é mais uma vez a revelação de que o Executivo – e sua "Reforma Administrativa" – tem horror dos mecanismos moralizadores da licitação e que busca, por todos os meios, escapar o quanto possa da Lei 8.666, de 21.6.1993.

II. Fundações públicas

Conceito legal: impropriedade

36. O Decreto-lei 200, com a alteração introduzida pela Lei 7.596, de 10.4.1987, assim define a fundação pública: "a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes".

É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contendido.[30] Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada.

O que se passou, entretanto, no Direito brasileiro é que foram criadas inúmeras pessoas designadas como "fundações", com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguiam das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente atrelando-as às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público.

37. Hoje, a questão não pode mais suscitar dúvidas, porquanto a Constituição, ao se referir especificamente aos servidores das "fundações públicas", deixou claro que as considerava como pessoas de Direito Público, pois determinou que seus servidores, tanto como os

30. V. nosso *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., 3ª tir., São Paulo, Ed. RT, 1987, pp. 154 e ss.

da Administração direta e autárquica (art. 37, XI), ficariam submetidos ao mesmo teto remuneratório (isto é, aos subsídios dos Ministros do STF). Ou seja, ao contrário do que fez para pessoas de Direito Privado da Administração indireta (sociedades de economia mista e empresas públicas), não levou em conta, para inclusão neste limite, o fato de receberem ou não de União, Estados, Distrito Federal e Municípios recursos para custeio em geral ou para despesas de pessoal (art. 37, § 9º).

Demais disto, revelando que as considerava como integrantes do bloco formado pela Administração direta e autarquias, isto é, das pessoas de Direito Público, atribuiu aos servidores de quaisquer delas o mesmo tratamento quando exercessem mandato eletivo (art. 38).

Igualmente, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao ser conferida estabilidade aos servidores públicos civis que houvessem ingressado sem concurso mas que contassem cinco anos de exercício continuado na data da promulgação da Constituição, foram abrangidos apenas os servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas – e não os das pessoas estatais de Direito Privado (art. 19 do ADCT).

Acresce que o art. 33 do "Emendão" (Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998) também lhes deu o mesmo tratamento atribuído aos servidores das pessoas de Direito Público no que concerne à caracterização de quem não deveria ser considerado estabilizado pela Constituição de 1988, para fins do art. 169, § 3º, II (que trata da exoneração de não estáveis para ajuste aos limites de despesa com pessoal a que têm de se submeter União, Estados, Distrito Federal e Município).

Igualmente, o art. 22, XXVII, da Lei Maior, com a redação que lhe deu o "Emendão", ao cogitar das normas gerais de licitação e contratos Administrativos, colocou-as em paralelismo com a Administração direta e autarquias, tudo isto a exibir um regime equivalente ao das pessoas de Direito Público.

38. Ora, seria um contrassenso que os servidores destas fundações recebessem tratamento equivalente aos servidores do Estado e de suas autarquias e que houvessem sido beneficiados pela estabilidade excepcional aludida se fundações públicas fossem pessoas de Direito Privado, tanto mais porque a disciplina de pessoal nas entidades estatais de Direito Privado, como se sabe, é a da Consolidação das Leis do Trabalho.

Donde, não caberia supor que com a Emenda 19 alterou-se a fisionomia jurídica de tais fundações, ante o fato de haver sido atribuída nova redação ao inciso XIX do art. 37. Este, hoje, fala em criação de autarquia por lei e em autorização legal para criação de fundação (tanto como em autorização legal para criação de sociedade de economia mista e empresa pública). Tal circunstância é insuficiente para incluí-las no universo das pessoas de Direito Privado em face da já aludida pletora de razões outras que conduzem a entendimento diverso. De resto, o próprio Decreto-lei 200, desde as alterações introduzidas pela Lei 7.596, de 10.4.1987, já mencionava que tais pessoas adquiriam personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas não se submeteriam às demais disposições do Código Civil sobre as fundações.

Esta pletora de razões assentadas em dispositivos constitucionais já afasta, de per si, qualquer veleidade de pretender-se extrair do recente Código Civil (aliás, de péssima qualidade técnica no que se refere a tópicos de Direito Público que invasivamente versou) argumentos em prol da natureza privada das fundações em geral.

Natureza das fundações públicas

39. Em rigor, *as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias*, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. Aliás, foi isto que expressamente consignou acórdão do STJ no REsp 204.822-RJ, em 26.6.2007, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas, sejam elas de Direito Público, sejam de Direito Privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao "substrato básico" sobre que assentam: pessoas de base corporativa (corporações, associações, sociedades) e pessoas de base fundacional (fundações). Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado, ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, "a personificação de uma finalidade".[31]

A Constituição referiu-se às fundações públicas em paralelismo com as autarquias, portanto como se fossem realidades distintas,

31. Cf. nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, Ed. RT, 1968, pp. 363 e ss.

porque simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no Direito brasileiro para nominar pessoas jurídicas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos: colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes, pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar. Além do mais, um texto constitucional não é o lugar adequado para solver debates taxinômicos.

Uma vez que as fundações públicas são pessoas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime jurídico dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente.

Deveras, os sujeitos em questão delas se estremam apenas na forma de criação, e isto, tão só, por pura falta de técnica, dantes do legislador e hoje também da Emenda Constitucional 19, a qual, diga-se de passagem, é um modelo de impropriedades jurídicas.

III. Empresas públicas e sociedades de economia mista

Conceito de empresa pública

40. Deve-se entender que *empresa pública federal* é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo *capital* seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.*

Advirta-se que esta não é a definição que lhe confere o Decreto-lei 200, com a redação alterada pelo Decreto-lei 900, mas é a que se tem de adotar por inarredável imposição lógica, em decorrência do próprio Direito Positivo brasileiro.

Conceito legal: impropriedade

41. De acordo com o art. 5º do Decreto-lei 200, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º do Decreto-lei 900, empresa pública "é a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei

para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito".[32]

Ocorre que este mesmo Decreto-lei 900, em outro artigo – e que não se fez integrante do corpo do Decreto-lei 200 –, alude a composições de capitais em empresas federais que implicam alterar a noção que acabara de formular no art. 1º. De fato, seu art. 5º estatui: "Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital de empresa pública (art. 5º, II, do Decreto-lei 200, de 25.2.1967), a participação de outras pessoas jurídicas de Direito Público interno, bem como de entidades da Administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios". Assim, fica visível que, ao contrário da definição com tanta incompetência formulada pelo "legislador" do Executivo, empresas públicas *não são apenas* as que se constituem de capital "integralmente da União".

42. Além disto, não se pode admitir que tal designativo *empresa pública* fique reservado – como resultaria do art. 5º do Decreto-lei 200, conjugado com o art. 5º do Decreto-lei 900 – unicamente às empresas formadas por capitais de origem governamental nas quais a integralidade ou a maioria acionária votante pertença à União. Com efeito, não são de descartar hipóteses em que dita maioria não seja da União, mas sim de uma autarquia sua ou de uma outra sua empresa pública ou sociedade de economia mista, sobre remanescente de capital *da própria União*, ou de algum Estado federado, de algum Município ou de entidade da Administração indireta destes. Em tal caso, como se qualificaria a pessoa assim formada?

Poder-se-ia supor que em situações deste jaez a figura instaurada seria a de uma *sociedade de economia mista*, pois dita compostura se albergaria naturalmente na definição que lhe corresponde no Decreto-lei 200, com a redação introduzida pelo de n. 900. Deveras, estes textos normativos, ao indicarem o substrato de capital da sociedade de economia mista, fazem referência à supremacia acionária votante da União ou de entidade de sua Administração indireta. Ou

32. Observe-se que a definição normativa admite uma sociedade "unipessoal", forma, esta, que (excetuada a subsidiária integral a que se refere o art. 251 da Lei das S/A) não existe ou, pelo menos, não existia no Direito brasileiro até a referida definição de empresa pública.

seja: não demandam que a sobredita maioria o seja em relação a capital *particular*. Assim, em tese, a referida prevalência acionária votante poderia apresentar-se com relação a recursos oriundos de entidades governamentais (salvo se esta prevalência coubesse à União, pois em tal caso tratar-se-ia, consoante visto, de uma empresa pública).

Sem embargo, não nos parece que tal intelecção merecesse acolhida. De fora parte o inconveniente de menosprezar o sentido tradicional de sociedade de economia mista, o qual sempre presumiu conjugação de recursos governamentais com recursos *particulares*, toparia, ao nosso ver, com um óbice *jurídico* incontornável. É o seguinte: o Texto Constitucional então vigente (art. 110 da Carta de 1969, habitualmente denominada de Emenda 1 à "Constituição" de 1967), à época, atribuía à Justiça Federal, e não à Justiça especializada do Trabalho,[33] a competência para julgar as questões entre empresa pública e seus servidores, ao contrário do que sucedia no caso de sociedades de economia mista. Além disto, o Texto Constitucional anterior (art. 125, I), *tal como hoje o faz a Constituição vigente* (art. 109, I), também irrogava à Justiça Federal – e não à Justiça estadual – competência para julgar as ações (salvo as expressamente excetuadas) em que fossem parte empresas públicas federais. Já, as demandas intentadas por sociedades de economia mista ou contra elas propostas eram, e são, julgadas ante a Justiça estadual, nas mesmas hipóteses gerais em que a competência lhe seja pertinente.

Seria um contrassenso que à Justiça Federal coubesse julgar os feitos em que, *e.g.*, fosse parte uma empresa da qual a União detivesse 51% do capital votante contra 49% de uma autarquia federal e que, contrariamente, não assistisse a ela, mas à Justiça estadual, julgar as questões relativas a empresa cuja composição acionária fosse exatamente a inversa. O mesmo se diria, no passado, *mutatis mutandis*, no que concerne a questões trabalhistas das sobreditas entidades com os respectivos servidores.

Está-se a ver que em ambos os casos compareceriam, com a mesma força, as razões que levaram a Constituição a deferir para a Justiça Federal os feitos relativos às empresas públicas da União, pois tanto em um quanto em outro o capital formador da entidade teria

33. Neste particular, atualmente, a solução é diversa. As pendências oriundas de relações de trabalho serão sempre da alçada da Justiça do Trabalho, nada importando se o empregador é empresa pública ou sociedade de economia mista federal, conforme resulta do art. 114 da Constituição.

procedido majoritariamente da órbita federal. Segue-se que o legislador ordinário careceria da possibilidade de formular noção de empresa pública em virtude da qual ficasse obliterado (não importa se deliberadamente ou não) um propósito constitucional. Eis por que se deve entender bastante que a supremacia acionária esteja retida na esfera federal e que o remanescente provenha de outras órbitas governamentais para ter-se como configurado o substrato de capital caracterizador de empresa pública federal. É despiciendo, pois, que dita prevalência acionária esteja diretamente em poder da própria União.

43. Outrossim, erram uma vez mais os decretos-leis *sub examine* ao configurarem as empresas públicas como constituídas para a "exploração de atividade econômica". Não é exato. Por isto tal característica não pode ser proposta como um elemento de sua definição. Deveras, algumas empresas públicas efetivamente são concebidas como instrumento de atuação estatal no referido setor. Outras, entretanto, foram criadas e existem para prestação de *serviços públicos*, serviços qualificados, inclusive pela Constituição em vigor, como privativos de entidade estatal ou da própria União, ou para realizar obras públicas ou, ainda, para desenvolver atividades de outra tipologia, isto é, misteres eminentemente públicos. Donde, a atividade em que se substanciam apresenta-se, do ponto de vista jurídico (ainda que não o seja ou não o fosse sob perspectiva extrajurídica), como a *antítese da exploração da atividade econômica*, já que esta, *perante a Lei Magna*, é da alçada dos *particulares*, típica da iniciativa privada – e não do Poder Público. O Estado só pode protagonizá-la em caráter excepcional. E, ao fazê-lo, atua em campo alheio, e não na esfera que lhe é própria, como decorre do art. 170, *caput* e, particularmente, incisos II e IV, e parágrafo único, bem como do art. 173. De resto, assim já o era sob o império do Texto Constitucional precedente (arts. 160 e 170 e parágrafos da Carta de 1969).

44. Assim, ao mencionar "exploração de atividade econômica", o legislador do Executivo Federal não pode ter tido em mira o discrímen entre "serviço público" e "exploração de atividade econômica", que é disseptação estritamente jurídica e, portanto, demasiado sutil para a percepção dos tecnoburocratas que dantes engendravam os decretos-leis e hoje fabricam as "medidas provisórias". Aliás, se tivessem tal esclarecimento, as expressões *sub examine* deporiam ainda muito mais gravemente contra eles, visto que então, como hoje, existiam, e existem, inúmeras e importantíssimas empresas públicas (como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por exemplo,

que coordena todo este setor no país) as quais são prestadoras de serviços públicos, como resulta diretamente da Constituição (art. 21, X).

Acaso poderia algum hermeneuta assisado interpretar os decretos-leis responsáveis pelo modelo básico da Administração Federal de forma a deles extrair a conclusão absurda de que entidades como as citadas e inúmeras outras não pertencem à Administração Federal e não se alocam em qualquer das figuras tipológicas nela contempladas? "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente e não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis", disse Carlos Maximiliano, o maior de nossos mestres de exegese.[34]

Então, não se pode duvidar que na definição normativa de empresa pública os dizeres "exploração de atividade econômica" não possuem a densidade jurídica que normalmente lhes corresponderia. Servem para indicar – e desnecessariamente – que a atividade por elas desenvolvida se efetua mediante prestações remuneradas, o que é o mínimo que se poderia imaginar tratando-se de uma empresa. Com isto faz-se, agora, a indispensável justificação do porquê deixou-se de fazer referência à "exploração de atividade econômica" ao indicar o que, no Direito brasileiro, deve ser entendido como empresa pública federal.

Conceito de sociedade de economia mista

45. *Sociedade de economia mista federal* há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de *propriedade particular*.

Novamente aqui, não haveria como acolher a definição formulada pelo Decreto-lei 200, com a redação dada pelo de n. 900, pena de incidir nas mesmas incongruências a que dantes se aludiu ao tratar da noção de empresa pública e que resultariam em descompasso com o próprio Direito Positivo como um todo.[35]

34. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Forense, 1995, p. 103.

35. Não se trata, evidentemente, nem neste passo nem quando se tratou das empresas públicas, de pretendermos nos sublevar contra a legislação, como se um

Conceito legal: impropriedade

46. Deveras, de acordo com o mencionado diploma, sociedade de economia mista é "a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta".

47. Já se viu ao comentar o conceito de empresa pública que a noção de sociedade de economia mista demanda – e não apenas por força da tradição, mas também para ajustar-se ao espírito de comandos constitucionais – conjugação de capitais de pessoas governamentais com capitais particulares (cf. n. 42, *retro*). Daí a necessidade de incluir-se tal referência, indispensável em qualquer conceito que dela se formule, pena de ensejar lamentáveis confusões. Viu-se, também, que no texto normativo em causa a voz "exploração de atividade econômica" não traz consigo a carga conotativa e denotativa que a Constituição brasileira lhe atribui (cf. ns. 43 e 44, *retro*) e que já lhes era atribuída pelo Texto Constitucional anterior. Há inúmeras sociedades de economia mista, e da mais subida importância, que são prestadoras de serviços públicos e não de atividades caracterizáveis como pertinentes à "esfera econômica" no sentido que a Lei Magna atribui a esta expressão. Valha como exemplo a extinta Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRÁS), dantes coordenadora deste setor no país e exercente de atividade que, anteriormente, pelo Texto Constitucional, só podia ser prestada diretamente pela União ou concedida a empresa sob controle acionário estatal.[36]

Seria descabido imaginar que o Decreto-lei 200 haja pretendido deixar ao largo de sua disciplina, e que intentou condenar à marginalidade jurídica, precisamente o mais significativo contingente de so-

ponto de vista doutrinário pudesse derrogar o que consta de lei. Absolutamente. O Direito Positivo é, por certo, o único cânone de avaliação jurídica pelo qual o exegeta se pode guiar. Donde, qualquer conceito que se enuncie será ou não procedente na medida em que retrate com fidelidade aquilo que resulta das disposições do próprio Direito Positivo. O que se passa, *in casu*, conforme se procurou e se procura exibir, é que o "legislador" do Executivo, ao pretender condensar em uma definição as características de determinadas figuras tipológicas resultantes do enunciado de distintas normas – inclusive as dos próprios decretos-leis em causa –, não soube fazê-lo com a devida atenção *a este mesmo Direito Positivo*, cujos comandos se pretende estar tomando em conta ao censurá-las e substituí-las por outras.

36. Cf. art. 21, XI, redação anterior à Emenda Constitucional 8/95.

ciedades de economia mista do país, que é constituído justamente por prestadoras de serviços públicos ou de outra atividade caracteristicamente pública. Não faria sentido supor que as tenha excluído do campo da Administração indireta (o que seriam, então?) por recusar-lhes alojamento em seus modelos tipológicos, votando-as, destarte, à condição de párias no universo do Direito. Assim, no Direito brasileiro cumpre excluir da noção de sociedade de economia mista a referência à "exploração de atividade econômica", para prevenir graves equívocos, posto que, entre nós, tanto há sociedades que atuam nesta esfera, quanto há prestadoras de atividades públicas em geral, de serviços ou obras públicas. De resto, dita circunstância é do mais subido relevo, pois *não é idêntico o regime jurídico aplicável a umas e outras*, já que o próprio Texto Constitucional, ora implícita, ora explicitamente, impõe regras só obrigatórias para as exploradoras de atividade econômica, como ao diante se verá.

48. Empresas públicas e sociedades de economia mista, isto é, as "empresas estatais" (designativo genérico que serve para referi-las indistintamente), apresentam uma impressionante semelhança na disciplina jurídica que se lhes aplica. Assim, o que interessa, de logo, é apontar o que as dessemelha, pois toda a exposição subsequente concerne ao regime jurídico de ambas. Inclusive a distinção entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica vale, igualmente, e com as mesmas consequências, para umas e para outras.

As diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista

49. Os pontos diferenciais entre elas, que merecem realce, são os seguintes:

a) enquanto o capital das empresas públicas é constituído por recursos integralmente provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, nas sociedades de economia mista há conjugação de recursos particulares com recursos provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, com prevalência acionária votante da esfera governamental;

b) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (inclusive a forma de sociedade "unipessoal"), ao passo que as sociedades de economia mista terão

obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (art. 5º do Decreto-lei 200);

c) os feitos em que empresas públicas sejam parte, na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes (salvo algumas exceções), são processados e julgados perante a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), enquanto as ações relativas a sociedades de economia mista são apreciáveis pela Justiça estadual nas mesmas hipóteses em que lhe compete conhecer das lides concernentes a quaisquer outros sujeitos.

Antes mesmo de passar a examinar mais especificamente o regime jurídico aplicável a ambas, convém fazer algumas observações importantes, tomando em conta o que se poderia denominar de natureza essencial dos referidos sujeitos.

Natureza essencial de empresas públicas e sociedades de economia mista: consequências

50. Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em *auxiliares* do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentes aos meramente privados.

Exatamente porque esta é a impostergável vocação de tais sujeitos, mesmo nas sociedades de economia mista (em que há, pois, concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. Com efeito, o que se quer é, precisamente, garantir que seu *controle absoluto*, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares. Note-se que mesmo a Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404, de 15.12.1976), em seu art. 238, estabelece que a pessoa jurídica que controla a companhia mista, sem prejuízo dos deveres e responsabilidades do acionista controlador, poderá orientá-la de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.

Assim, é evidente, e da mais solar evidência, que sociedades de economia mista *não podem, sob pretexto algum, efetuar acordos de acionistas, por via dos quais fiquem outorgados aos acionistas minoritários poderes que lhes ensejem conduzir ou embargar a livre condução da empresa por parte daqueles que são, "ex vi legis",*

majoritários precisamente para terem mãos desatadas no concernente a isto. A observação, por seu caráter curial, poderia parecer despicienda; sem embargo, no Brasil é sempre conveniente fazer anotações deste gênero, pois sempre aparecem "fórmulas" esdrúxulas para contender o óbvio, assim como quem se proponha a sustentá-las juridicamente.

É preciso, pois, aturado precato para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscreve-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

51. O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certeiro norte para a intelecção destas pessoas. Consequentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o *acidental* – suas personalidades de Direito Privado – em *essencial*, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em acidental.

Como os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem-estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica. Assim, o regime que a estas últimas naturalmente corresponde, ao ser transposto para empresas públicas e sociedades de economia mista, tem que sofrer – também naturalmente – significativas adaptações, em atenção a suas peculiaridades.

Se assim não fosse, e se as estatais desfrutassem da mesma liberdade que assiste ao comum das empresas privadas, haveria comprometimento de seus objetivos e funções essenciais, instaurando-se,

ademais, sério risco para a lisura no manejo de recursos hauridos total ou parcialmente nos cofres públicos. Além disto, sempre que o Poder Público atuasse por via destes sujeitos, estariam postas em xeque as garantias dos administrados, descendentes da própria índole do Estado de Direito ou das disposições constitucionais que o explicitam. Com efeito, o regime de Direito Privado, *sic et simpliciter*, evidentemente, não impõe o conjunto de restrições instauradas precisamente em atenção aos interesses aludidos.

52. Em despeito destas obviedades, durante largo tempo pretendeu-se que, ressalvadas taxativas disposições legais que lhes impusessem contenções explícitas, estariam em tudo o mais parificadas à generalidade das pessoas de Direito Privado. Calçadas nesta tese errônea, sociedades de economia mista e empresas públicas declaravam-se, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência (salvo vozes combativas, mas isoladas), livres do dever de licitar, razão por que os contratos para obras públicas mais vultosos eram travados ao sabor dos dirigentes de tais empresas ou mediante arremedos de licitação; recursos destas entidades passaram a ser utilizados como válvula para acobertar dispêndios que a Administração Central não tinha como legalmente efetuar, ou mesmo para custear ostensiva propaganda governamental, mediante contratos publicitários de grande expressão econômica; a admissão de pessoal, e com salários muito superiores aos vigentes no setor público, efetuava-se com ampla liberdade, sem concursos, transformando-as em "cabides de emprego" para apaniguados; avançados sistemas de aposentadoria e previdência eram, por decisão *interna corporis*, instituídos em prol de seus agentes, em condições muito mais vantajosas do que as do sistema nacional de previdência ou do próprio regime previdenciário do setor público; despesas exageradas, úteis apenas à comodidade pessoal de seus agentes, eram liberalmente efetuadas, como, *e.g.*, suntuosas hospedagens no Exterior, quando de viagens internacionais dos seus dirigentes; sempre sob arguição de serem pessoas de Direito Privado – até que a legislação explicitamente lhes impusesse sujeição de suas despesas à fiscalização do Tribunal de Contas da União –, sustentava-se que estavam livres deste controle; sob o mesmo fundamento e da correlata liberdade que lhes concerniria, multiplicaram-se sociedades de economia mista e empresas públicas, umas criando outras, surgindo, destarte, as de chamada segunda e terceira geração, aptas, pois, a prodigalizar os mesmos desmandos.

Além disto, estas, precisamente pelo fato de não terem sido criadas por lei – pasme-se –, eram, por muitos, excluídas da categoria de

sociedade de economia mista ou empresa pública e, consequentemente, das disposições normativas relativas ao controle que se lhes aplica, sob o argumento de que, segundo o Decreto-lei 200, ditas pessoas da Administração indireta são unicamente as "criadas por lei". Não tendo havido lei criadora, não se lhes poderia sequer assujeitar às regras decorrentes daquele diploma!

Critérios para interpretação do regime jurídico das empresas do Estado

53. Cumpre realçar que os preceitos conformadores da atuação estatal não visam apenas a assegurar-lhe condições de eficiência. No Estado de Direito, destinam-se também e sobretudo a estabelecer as indispensáveis limitações que embarguem ação desatada ou descomedida dos próprios governantes, para impedir que seja gravosa quer ao interesse público, que lhes assiste curar, quer às garantias pertinentes aos administrados em suas relações com o Poder Público. De resto, esta última é a própria razão inspiradora do Estado de Direito. Então, obviamente, não lhe basta travestir-se de pessoa de Direito Privado para esquivar-se das contenções armadas em favor do aludido propósito.

Donde, desconhecer ou menoscabar estes vetores implicaria ofensa a diretrizes fundamentais do Texto Constitucional. Assim, não seria prestante interpretação que os postergasse.

Segue-se que entidades constituídas à sombra do Estado como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle internos e externos, suscitados quer pelos órgãos públicos, quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade.

É esta compreensão que, pouco e pouco, vem-se impondo no Direito brasileiro, sobretudo pela via normativa (que bem a refletiu) e já agora com maior intensidade, apesar de algumas recidivas ainda ocorrentes, sempre alimentadas por agentes governamentais ou das próprias empresas; uns e outros interessados em se evadir de controles externos, notadamente dos que provêm ou podem provir da ini-

ciativa dos administrados, cujos direitos – sobretudo a um tratamento impessoal e isonômico – eram sistemática e olimpicamente pisoteados por estas entidades da Administração indireta, sob a argumentação de que, sendo pessoas de Direito Privado, podiam agir com a correspondente autonomia.

Sem embargo, como ainda não houve tempo para solidificação de doutrina e jurisprudência perante textos mais recentes, que introduziram contenções explícitas a tais pessoas (advindas sobretudo da Constituição vigente), não está superado o risco de retrocessos. É esta circunstância que justifica o realce dado ao tópico em questão.

54. De resto, o próprio Texto Constitucional vigente (como, aliás, já acontecia no anterior) cuida de submeter empresas públicas e sociedades de economia mista a uma série de disposições que não vigoram para as demais pessoas de Direito Privado (e que nem fariam sentido algum em relação a elas), conforme adiante se verá. Evidencia-se, assim, que o regime jurídico disciplinador destas entidades da Administração indireta é, certamente, peculiar. Aliás, se não apresentasse cunho original em relação às disposições que regem a generalidade das empresas privadas, as sociedades de economia mista e empresas públicas não se constituiriam em realidade *jurídica* distinta de quaisquer outras pessoas mercantis, confundindo-se, *de direito*, com as notórias figuras preexistentes. Aí, então, nada justificaria a busca de um conceito jurídico para elas, visto que estariam subsumidas na conceituação própria do tipo societário de Direito Privado que lhes houvesse sido atribuído, pois suas existências não apresentariam qualquer ressonância nova na esfera do Direito, mas tão só no campo próprio da Ciência da Administração ou na seara econômica, como pretendeu Fritz Fleiner, há tantos anos passados.[37]

Espécies de empresas públicas e sociedades de economia mista

55. Através destes sujeitos auxiliares o Estado realiza cometimentos de dupla natureza:

a) explora atividades econômicas que, em princípio, competem às empresas privadas e apenas suplementarmente, por razões de subida importância, é que o Estado pode vir a ser chamado a protagonizá-las (art. 173 da Constituição);

37. *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, tradução de Ch. Einsenmann, 1933, pp. 82 e 83.

b) presta serviços públicos ou coordena a execução de obras públicas, que, tal como as mencionadas, são atividades induvidosamente pertinentes à esfera peculiar do Estado.

Há, portanto, *dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista*: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade.[38]

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas – às quais cabe a senhoria no campo econômico –, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. Daí haver o Texto Constitucional estabelecido que em tais hipóteses regular-se-ão pelo regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). Advirta-se, apenas, que há um grande exagero nesta dicção da Lei Magna, pois ela mesma se encarrega de desmentir-se em inúmeros outros artigos, como além será demonstrado.

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.

Empresas estatais e concessão de serviço público

56. Habitualmente, as prestadoras de serviços públicos são consideradas concessionárias de serviço público. Tal suposição, na qual já incorremos no passado, nem sempre é exata. Com efeito, parece

38. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 101 e ss., 119, 122, 124, 135 e 141-143. No mesmo sentido: Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. II, São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 151. Cf., ainda, Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 103.

forçado considerá-las como concessionárias, quando forem formadas ***exclusivamente*** *por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com o fito de secundá-la na prestação de serviço público de sua própria alçada.*[39] Idem, quando na formação do capital das referidas entidades concorrem apenas simbólicos e ínfimos recursos privados, que os diretores designados aportam apenas para ensejar que a entidade tenha a configuração de sociedade mista e não de empresa pública.[40] Com efeito, em hipóteses deste jaez não faria sentido considerar presente, na relação entre a criatura e seu sujeito criador (que pode até mesmo extingui-la, a seu talante), o específico plexo de direitos oponíveis pelo concessionário ao concedente. De outro lado, os poderes da entidade criadora em relação à criatura também não teriam por que se delinear na conformidade dos específicos poderes que se reconhecem a um concedente. Logo, considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões.

Diversamente, caberá, sim, falar em concessão de serviço público quando se ponham em pauta os direitos, deveres e poderes que entram em jogo no referido instituto. Isto ocorre nos casos em que há verdadeiramente concurso de (a) *capitais particulares na formação do capital da sociedade*; (b) *capitais provenientes de órbita governamental diversa da órbita da pessoa a quem assiste a competência constitucional para prestá-lo.*

Nas duas hipóteses mencionadas estes acionistas têm direito a que se assegurem os termos próprios de uma concessão, como garantia dos interesses que os levaram a aportar recursos integradores do capital da entidade. A segunda situação referida é frequente nos casos em que *a empresa pública ou sociedade mista prestadora do serviço não pertence à mesma órbita jurídica do sujeito a quem assiste a competência constitucional para prestá-lo.* No Brasil o fenômeno é comum. Assim, por exemplo, os serviços de energia elétrica são, constitucionalmente, serviços públicos da alçada da União (art. 21, XII, "b"). Sem embargo, sociedades de economia mista, criadas pelos Estados Federados, surgiram precisamente para desempenhá-los na qualidade de concessionárias do Poder Federal.

39. Conforme a lúcida e cuidadosa exposição de Geraldo Ataliba, in parecer titulado "Serviço público e delegação à empresa estatal – Imunidade", *RDP* 92/76 e 77, outubro-dezembro/1989.

40. O fato merece registro porque sua ocorrência, entre nós, não é rara.

Portanto, para retratar o quadro referido, distinguindo entre empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, pode-se dizer o seguinte: dentre as empresas públicas, não serão concessionárias as formadas por capital exclusivamente da União ou por capital dela em conjugação com o de pessoas de sua Administração indireta. Pelo contrário, sê-lo-ão se a empresa pública for formada pela conjugação de recursos oriundos de entidades da esfera federal associados a recursos provenientes de entidades da esfera estadual, distrital ou municipal.

Já, as *sociedades de economia mista* em que haja, deveras – e não apenas simbolicamente –, capitais particulares em associação com capitais advindos de entidade governamental serão sempre concessionárias de serviço público.

Registre-se, a final, reiterando o que dantes se disse, que empresas públicas e sociedades de economia mista, quando prestadoras de serviço público, sejam ou não concessionárias, embora possuam qualificação jurídica para exercer atividade pública (como o é o serviço público), não são titulares de tal atividade, mas apenas do *exercício* dela.

A peculiaridade de regime das estatais em confronto com as pessoas de Direito Privado. Normas constitucionais

57. De toda sorte, quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista – *sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos* (ou responsáveis por obras públicas ou outras atividades públicas) –, por força da própria Constituição, veem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado. Vejamos, pois, os dispositivos constitucionais que se aplicam indistintamente a quaisquer sociedades de economia mista ou empresas públicas, em relação aos quais, portanto, é irrelevante a disseptação entre os dois tipos mencionados.

(1) O art. 5º, LXXIII, confere a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio público ou *a entidade de que o Estado participe*, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou artístico.

(2) O art. 14 cogita de casos de inelegibilidade e em seu § 9º prevê que lei complementar estabelecerá outros, bem como seus

prazos de cessação, a fim de proteger a normalidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de cargo, emprego ou função na "Administração direta ou *indireta*".

(3) O art. 37, *caput*, declara submissas aos princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* a Administração direta e *indireta* em todas as esferas e níveis de governo.

(4) O inciso II do mesmo artigo impõe concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a admissão em cargos ou empregos na Administração direta ou *indireta*.

(5) O inciso XVII estabelece que a proibição de acumular cargos públicos, salvo exceções constitucionalmente previstas (estatuída no inciso XVI), estende-se também a empregos e funções e abrange autarquias, *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* e fundações governamentais.

(6) O inciso XIX dispõe que somente por lei específica pode ser autorizada a criação de *empresa pública*, *sociedade de economia mista* ou fundação governamental e criada autarquia.

(7) O inciso XX estatui que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias de tais pessoas, ou a participação delas em empresas privadas.

(8) O art. 49, X, submete à fiscalização e controle do Congresso Nacional os atos do Poder Executivo, incluídos os da *Administração indireta*.

(9) O art. 52, VII, submete as operações de crédito externo e interno da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e demais *entidades controladas pelo Poder Público Federal* a limites e condições fixados pelo Senado Federal.

(10) O art. 54 estabelece vedação a que deputados e senadores, em certos casos desde a diplomação e em outros desde a posse, aceitem ou exerçam cargos, funções ou empregos e firmem ou mantenham contratos com pessoas de Direito Público, autarquias, *empresas públicas* ou *sociedades de economia mista* ou concessionários de serviço público, ou que patrocinem causas em que tais pessoas sejam interessadas, sob pena de perderem o mandato, conforme dispõe o art. 55, I.

(11) O art. 71 e incisos II, III e IV, respectivamente, *submetem ao julgamento do Tribunal de Contas as contas dos administradores* e demais responsáveis por bens e valores públicos da *Administração*

direta e indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público; determinam que pelo referido Tribunal sejam examinados quanto à legalidade, para fins de registro, os atos de admissão de pessoal a qualquer título, bem como as concessões de aposentadoria, reforma e pensões.

Tais normas aplicam-se, *mutatis mutandis*, nas esferas estaduais e municipais e do Distrito Federal, no que concerne ao âmbito fiscalizatório dos respectivos Tribunais ou Conselhos de Contas.

(12) O art. 165, § 5º, estabelece que a *lei orçamentária anual compreenderá* o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e *entidades da Administração direta e indireta*, orçamentos de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria acionária votante e o orçamento da seguridade social, abrangendo órgãos e entidades da Administração direta e indireta.

(13) O art. 169, § 1º, dispõe que a *concessão de qualquer vantagem*, aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a *admissão de pessoal a qualquer título* pelos órgãos e entidades da *Administração direta ou indireta*, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, *só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal* e aos acréscimos dela decorrentes.

O arrolamento destes vários dispositivos (de resto, todos eles aplicáveis também às autarquias e fundações públicas) demonstra que *o regime das sociedades de economia mista e empresas públicas, sejam elas prestadoras de serviços públicos (obras públicas e demais atividades de tipologia pública) ou exploradoras de atividade econômica, já por força destas normas categoricamente expressas na Constituição, não é o mesmo das empresas privadas em geral.* É evidente que os preceptivos mencionados compõem um regime peculiar que não se aplica, nem faria qualquer sentido que se aplicasse, às pessoas de Direito Privado em geral.

Justifica-se, pois, assim, a assertiva, dantes feita, de que o precitado art. 173, § 1º, II, da Lei Magna expressou-se de modo muito imperfeito ao estatuir que tais entidades, *quando exploradoras da atividade econômica*, sujeitar-se-iam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Com efeito, a série de dispositivos supramencionados, além de não fazer disseptação alguma entre os tipos de empresa pública e sociedade de economia mista – o que já induziria a concluir que efetivamente abarca ambas as espécies –, contém regras que, quando menos em sua esmagadora maioria, a toda evidência, não teriam por que ser restritas apenas às prestadoras de atividade pública, pois suas razões informadoras comparecem com igual procedência perante as exploradoras de atividade econômica. Logo, não é exato que estas últimas sejam integralmente disciplinadas na conformidade das normas regentes das empresas privadas.

O regime jurídico das empresas estatais

58. Feitas estas observações, cabe referir, do modo mais sucinto possível, alguns traços principais do regime jurídico aplicável a sociedades de economia mista e empresas públicas, obedecendo ao mesmo esquema didático utilizado ao tratar das autarquias; isto é, o tema será partido em três segmentos: a) relações destas entidades com a pessoa jurídica de cuja Administração Central são auxiliares; b) relações com terceiros; e c) relações internas. Ao referir cada um destes tópicos é que se fará, quando pertinente, menção às diferenças de disciplina entre as prestadoras de atividade pública e as exploradoras de atividade econômica.

a) Relações com a pessoa que as criou

59. No que concerne às *relações entre tais sujeitos e a pessoa que secundam*, como entidades de sua Administração indireta, avultam os temas de sua criação e extinção, bem como os do controle a que se submetem.

60. *Criação e extinção* – Já se deixou dito que sociedades de economia mista e empresas públicas só podem ser criadas se houver autorização dada por "lei específica", conforme a linguagem constitucional (art. 37, XIX). Daí se extrai que o Legislativo não pode conferir autorização genérica ao Executivo para instituir tais pessoas. É preciso que a lei designe nomeadamente que entidade pretende gerar, que escopo deverá por ela ser cumprido e quais as atribuições que para tanto lhe confere.

Posto que a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de lei, estas não podem criar subsidiárias nem participar do capital de empresas privadas sem autorização legislativa, expedida caso a caso, conforme, aliás, expressamente prescreve o art. 37, XX. Sem embargo, o STF, em aberta discrepância com tal preceito, deu-lhe, em exame de liminar, interpretação abusiva na ADI 1.649-1-DF, sessão de 29.10.1997, ao indeferir cautelar que postulava a suspensão dos arts. 64 e 65 da Lei 9.478/1997, os quais conferiam genérica permissão à Petrobrás para constituir subsidiárias para operar no setor energético resultante da política nacional do petróleo. Tal decisão foi confirmada em 24.3.2004, ao se julgar improcedente a ação.

61. Convém advertir, ainda, que, se se tratar de empresa pública ou sociedade de economia mista *exploradora de atividade econômica*, não é suficiente o intento legislativo manifestado na "lei específica" a que alude o art. 37, XIX. Deveras, o art. 173 da Lei Maior dispõe que, ressalvados os casos nela previstos, só será permitida a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas (ou outras entidades estatais) para operarem neste setor quando necessário para atender a imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, *conforme definidos em lei*. Assim, aí está demandado que haja previamente lei qualificadora do que se deva entender como "relevante interesse coletivo" e "imperativo da segurança nacional", para os fins de possibilitar que o Estado opere como protagonista nesta seara, através das sobreditas pessoas.

62. Regime jurídico das empresas estatais "clandestinas" – Quid juris no que concerne às que tenham surgido sem autorização legislativa de qualquer espécie? Este desmando já ocorreu no Brasil inúmeras vezes, como dantes se averbou, e as pessoas assim nascidas aí estão há muitos anos. Entendemos que – apesar de haverem irrompido defeituosamente no universo jurídico – a circunstância de se constituírem em realidade fática da qual irrompeu uma cadeia de relações jurídicas pacificamente aceitas impõe que se as considere assujeitadas a todos os limites e contenções aplicáveis a sociedades de economia mista ou empresas públicas regularmente constituídas, até que sejam extintas ou sanado o vício de que se ressentem. Com efeito, seria o maior dos contrassensos entender que a violação do Direito, ou seja, sua mácula de origem, deva funcionar como passaporte para que se libertem das sujeições a que estariam submissas se a ordem jurídica houvesse sido respeitada.

63. *Falência das empresas estatais* – Uma vez que empresas públicas e sociedades de economia mista tem sua *criação autorizada por lei*, simetricamente, *só podem ser extintas por lei ou na forma da lei*.

A Lei de Falências (Lei 11.101, de 9.2.2005), em seu art. 2º, declara não se aplicar a empresas públicas e sociedades de economia mista – isto é, às empresas estatais. Sem embargo, este dispositivo há de ser recebido *cum grano salis*. É que – como observou o eminente e sempre atilado Prof. José dos Santos Carvalho Filho[41] –, se o art. 173, § 1º, II, da Constituição as equiparou às empresas privadas, aludindo expressamente ao Direito Comercial, a Lei Falimentar não poderia estabelecer tal discriminação excludente sem incidir em inconstitucionalidade. Sem embargo, cumpre dizer que o dispositivo constitucional mencionado se refere expressamente às "exploradoras de atividade econômica". Logo, a exclusão não pode alcançar estas últimas, mas pode, sem incidir em inconstitucionalidade, atingir as "prestadoras de serviço público", obra pública ou atividades públicas em geral.

64. Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, então, a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara. É que, como dito, a Constituição, no art. 173, § 1º, II, atribuiu-lhes sujeição "ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, *comerciais* (...)". Disto se deduz, também, que o Estado não poderia responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas.

Quando, pelo contrário, forem prestadoras de serviço ou obra pública, é bem de ver que os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir.[42]

Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. O mesmo se dirá em relação

41. *Manual de Direito Administrativo*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 394.

42. Igual comando constava da Carta Constitucional anterior, no art. 170, § 2º.

a obras servientes da coletividade. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial em caso de falência.

65. É certo, entretanto, que o Estado, em caso de insolvência delas, responderá subsidiariamente pelos débitos que tenham. Isto porque, tratando-se de sujeito prestador de serviços públicos ou obras públicas, atividades que lhe são típicas, é natural que, exaustas as forças do sujeito que criou para realizá-las, responda pelos atos de sua criatura, já que esta não tem mais como fazê-lo.[43]

66. *Controle das empresas estatais* – O segundo tópico a ser considerado é o tema do controle das estatais pela entidade que as criou, assunto regulado nos arts. 19 e 26 do Decreto-lei 200. De acordo com o art. 19, estas pessoas estão sujeitas a "supervisão" do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas. Este, diretamente ou através dos órgãos superiores do Ministério, deverá orientá-las, coordená-las e controlá-las, nos termos deste mesmo diploma. São objetivos precípuos da supervisão, conforme disposto no art. 26, assegurar a realização dos objetivos básicos em vista dos quais foi constituída a entidade, promover a harmonização de seu comportamento com a política e a programação do Governo no setor em que atua, promover a eficiência administrativa e garantir sua autonomia administrativa, financeira e operacional.

Para o alcance destes desideratos, além das medidas previstas em regulamento, são expressamente estabelecidas as seguintes: indicação, nomeação ou promoção, pelo Ministro, da eleição dos dirigentes das empresas estatais; designação dos representantes do Governo nas assembleias-gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; recebimento de relatórios, boletins, balanços e balancetes que permitam acompanhar a atividade da pessoa e execução tanto do orçamento-programa quanto da programação financeira aprovados pelo Governo; aprovação de contas, relatórios e balanços; fixação das despesas de pessoal, de administração, de gastos com publicidade, divulgação e relações públicas; realização de auditoria e periódica avaliação de rendimento e produtividade, bem como intervenção na pessoa, por motivo de interesse público.

43. Aliás, a solução jamais poderia ser outra em face do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, no qual se determina que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.

67. Além deste controle efetuado na esfera da própria Administração Pública, as empresas estatais submetem-se ao que é exercido pelo Tribunal de Contas, o qual dispõe, em relação a elas, dos mesmos poderes já referidos e que lhe assistem no que concerne às autarquias (cf. n. 9). Sem embargo, como é lógico, dito controle, constitucionalmente previsto no art. 71, exercita-se levando em conta as peculiaridades de tais pessoas, conforme disposto na Lei 6.525, de 11.4.1978, que alterou o art. 7º da Lei 6.223, de 14.7.1975, preceptivo que o regulava.

Demais disto, tal como ocorre com as autarquias, contra elas pode ser proposta ação popular.

b) Relações com terceiros

68. No que concerne às relações com terceiros, cumpre inicialmente distinguir se a empresa estatal é prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

69. Contratos e licitação nas exploradoras de atividades econômicas – Se a entidade for *exploradora de atividade econômica*, suas relações negociais com terceiros, quando atinentes ao cumprimento da finalidade industrial ou comercial para que tenha sido criada, salvo alguma exceção mais adiante anotada, serão sempre regidas pelo Direito Privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade, contratual ou extracontratual, estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos (conforme esclarecido no n. 64). Perante obrigações tributárias, a situação que lhe concerne é a mesma da generalidade das empresas que operam no setor, sendo vedado conferir-lhe isenções ou benefícios distintos dos que se atribuam às demais empresas que militem em seu setor de atuação.

Com efeito, a Constituição, no § 1º do art. 173, estabelece que "a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem *atividade econômica*, de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela Sociedade; II – sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e

contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (...)". E no § 2º dispõe que: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado".

70. Sem dúvida, a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconvivente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, *não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas*. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam à obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.

Daí por que o artigo em apreço decidiu que o adequado seria, em um estatuto próprio para tais entidades, legalmente estabelecido, fixar normas de licitação específicas para elas, obedientes apenas aos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – que são os nominadamente referidos na cabeça do art. 37), naturalmente sem as peias estritas que existem no regime licitatório comum do Poder Público e, como é de presumir, com hipóteses de dispensa e de inexigibilidade adaptadas a suas naturezas.

71. Note-se e ressalte-se: o estatuto legal de que fala o art. 173, § 1º, *diz respeito unicamente às exploradoras de atividade econômica*. Deveras, não apenas o parágrafo está referido à exploração de atividade econômica, mas a própria cabeça do artigo – e que obviamente comanda a inteligência de seus parágrafos – reporta-se à "exploração direta de atividade econômica pelo Estado". É tão claro ser disto que se trata que ali também se diz que a sobredita exploração "só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme declarados em lei". Evidentemente, então, está a cogitar de coisa antitética aos serviços públicos e diversa deles, que estes são atividade normal do Estado, ao invés de excepcional, caso do exercício direto de atividade econômica, esfera reservada aos particulares (art. 170, IV, e notadamente parágrafo único do mesmo artigo).

72. Observe-se, todavia, que podem-se pôr, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizar licitação nos mesmos termos que se aplicam ao Estado e à generalidade das entidades governamentais não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas

quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submeteriam a um regime próprio.

Referimo-nos aos casos em que estas pessoas pretendam, *e.g.*, construir a fábrica onde se instalarão, o prédio em que funcionarão seus escritórios, ou intentem adquirir a maquinaria necessária para sua produção, ou mesmo os móveis e equipamentos de suas sedes ou filiais. Nenhuma destas atividades reclama a desenvoltura que é requerida para a normal, ágil e fluida exploração da atividade econômica a que foram por lei prepostas e que levou a Constituição a dispor que teriam regime correspondente ao das empresas privadas.

Realizando licitação em hipóteses desta ordem, como obrigatoriamente terão de realizar, os sujeitos em apreço não estarão em nada divorciados do espírito informador do § 1º, II e III, do art. 173 e, pelo contrário, estarão atendendo à norma contida no art. 37, XXI, da própria Constituição, que fixa como regra geral para o Poder Público e entidades estatais a adoção de procedimento licitatório quando se proponham a adquirir ou alienar bens, contratar obras ou serviços. Ou seja: o § 1º, III, do art. 173 é uma exceção (específica para as entidades governamentais exploradoras de atividade econômica) a esta regra geral. Donde, há de ser entendida nos limites necessários ao atendimento das razões pelas quais existe dita exceção. Não há por que dilargá-la além do necessário para a observância do propósito que a inspira.

É certo, então, que, quando sobrevier este "estatuto das exploradoras de atividade econômica", a lei que o instituir não poderá ignorar tal circunstância, e mesmo que o faça prevalecerão as razões supra-aduzidas, porque têm suporte constitucional.

73. Por último, anote-se que o descumprimento ou a transgressão das normas de licitação, seja das específicas que venham a ser estabelecidas na conformidade do art. 173, seja das genéricas, quando for o caso de aplicá-las, ensejarão aos prejudicados impetração de mandado de segurança. É que, em tal caso, o dever de licitar estará supeditado em disposição de Direito Público. Donde, o responsável pelo certame terá atuado como "autoridade", vale dizer, como agente cumpridor de um dever de natureza pública.

74. *Atos, contratos e licitação nas prestadoras de serviço público ou qualquer outra atividade pública* – Se a empresa estatal for prestadora de serviço público, todos os atos concernentes ao fim a que está preposta, isto é, *os que diretamente se liguem ao próprio*

desempenho deste serviço, ficarão sob o influxo do Direito Público, tal como ocorreria, aliás, com os que fossem praticados por um particular concessionário de serviço público.

Assim, praticará os "atos de autoridade" inerentes à prestação da atividade pública posta a seu cargo. Estes serão, portanto, contrastáveis judicialmente por "mandado de segurança", ou seja, pelo remédio processual sumamente expedito que a Constituição, no art. 5º, LXIX, prevê para correção dos atos de autoridade pública nos quais haja violação ou ameaça de violação de direito não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*[44] e que apresente as características de ser "líquido e certo"; isto é: direito cujo deslinde proponha-se em vista de fatos insuscetíveis de controvérsia, demonstráveis *prima facie*, mediante simples prova documental aportada pelo impetrante ou, sob requerimento deste, juntada aos autos pelo impetrado por determinação judicial.[45]

75. Os contratos que tais empresas firmem para atendimento das finalidades a que estão legalmente prepostas – e assim também os efetuados pelas empresas estatais encarregadas da promoção de obras públicas – são contratos administrativos, nos mesmos termos e condições em que o seriam os travados pela Administração direta. Ademais, ditas pessoas são obrigadas a adotar o procedimento pré-contratual da licitação.

Hoje, tal questão não mais enseja, nem poderia ensejar, dúvida alguma, ante o art. 37, XXI, da Constituição do país, já dantes mencionado, o qual impõe o *dever de licitar* para a "Administração direta e indireta", quando pretenda contratar obras, serviços e adquirir ou alienar bens.

Demais disto, a Lei 8.666, de 21.6.1993, disciplinadora de licitações e contratos na Administração Federal, também impõe, em seu art. 1º, parágrafo único, que tais pessoas se subordinem a suas normas.

44. O *habeas data* é a via processual específica prevista na Constituição, em seu art. 5º, LXXII, para que o impetrante obtenha o conhecimento ou a retificação de informações relativas à sua pessoa que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou das entidades privadas que os armazenam a fim de servir ao público.

45. Se o documento necessário estiver em poder de entidade governamental ou de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz determinará que seja apresentado no prazo de 10 dias, no original ou em cópia autêntica, conforme dispõe o art. 6º, parágrafo único, da lei disciplinadora do mandado de segurança (Lei 12.016, de 7.8.2009).

76. Alterações provenientes da Emenda Constitucional 19 em licitações e contratos de estatais – Com a sobrevinda do assim chamado "Emendão" (Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), que deu nova redação ao inciso XXVII do art. 22 da Constituição, irromperam dúvidas sobre o regime licitatório suscetível de vir a ser aplicado (no futuro) às empresas estatais.

Presentemente, como resulta do precitado art. 1º da Lei 8.666, ditas empresas, sejam elas prestadoras de serviços públicos, sejam elas exploradoras de atividade econômica, encontram-se sob sua regência. Registra-se, apenas, que no caso das *exploradoras de atividade* econômica ter-se-á de dar como afastada a exigência licitatória perante as hipóteses em que o uso de tal instituto inviabilizaria o normal desempenho que lhes foi cometido; ou seja: na rotineira aquisição de seus insumos e na rotineira comercialização dos bens ou serviços que colocam no mercado, consoante melhor esclarecemos em outra parte deste livro (Capítulo IX, n. 17). Já as prestadoras de serviço público, obviamente, não teriam por que deixar de se ajustar inteiramente à totalidade das exigências normativas da Lei 8.666.

77. A questão que surgiu foi sobre a *futura mudança deste estado de coisas* em face da nova redação atribuída ao inciso XXVII do art. 22 da Constituição. De acordo com seus termos, vale dizer, os introduzidos pelo "Emendão", compete legislativamente à União expedir "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III".

Ocorre que o art. 173 e seu § 1º (ao qual se remete o art. 22, XXVII), conforme vimos de dizer (n. 61), são perfeitamente explícitos em elucidar que o neles disposto está reportado *única e exclusivamente a entidades exploradoras de atividade econômica*. Relembre-se. Diz o referido artigo: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de *atividade econômica* pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Assim, é claro a todas as luzes que o preceito em causa *não está a tratar da prestação de serviços públicos*, que são atividades estatais por excelência, típicas do Poder Público, mas, pelo contrário, de

exploração de atividade econômica, que, inversamente, por definição constitucional, é atividade dos particulares. Tanto isto é exato que o Estado só pode desenvolvê-la diretamente em hipóteses invulgares: quando acicatado por "imperativos da segurança nacional" ou por "relevante interesse coletivo" – e, ainda assim, obedecida a prévia caracterização legal daquilo que como tal se deva entender.

De seu turno, o § 1º do aludido art. 173 dispõe: "A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que *explorem atividade econômica* de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)". Donde, é da mais esplendorosa obviedade que o estatuto jurídico *a que se refere o preceptivo em questão* é o estatuto das estatais que se ocupem da produção de bens, da comercialização de bens ou da prestação de serviços que se constituam em *exploração de atividade econômica*; não, portanto, daqueloutras entidades estatais que, ao contrário das mencionadas, se ocupam de atividades visceralmente distintas: serviços *públicos*; é dizer: atividades essencialmente da alçada do Estado.

78. Segue-se que o sobredito § 1º, ao determinar que a lei estabelecerá o estatuto jurídico de tais empresas, dispondo sobre "III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública", a toda evidência está reportado a licitação e contratos efetuados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que *explorem atividade econômica*.

Não está, de conseguinte, a prever estatuto jurídico (que disponha sobre as matérias mencionadas no § 1º – e, entre elas, licitação e contratos) para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que, ao invés de explorarem atividade econômica, foram criadas para prestar serviços públicos. Por força disto, resulta que o inciso XXVII do art. 22, ao se reportar ao art. 173, § 1º, III, há de ser entendido como tendo se circunscrito às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, *permitindo, assim, que venham a ser solvidas por via legislativa as dificuldades de sua má acomodação à integralidade do sistema licitatório previsto para a Administração direta e indireta* – dificuldades, estas, que até então tinham que ser solutas por via de esforço doutrinário.

A se entender de outro modo – isto é, caso se pretenda que a abrangência do inciso XXVII, *apesar de sua expressa remissão ao art. 173, abarca as duas espécies de empresas estatais* –, será forço-

so concluir que parificou ditas pessoas; ou seja: que, em despeito de estarem em causa atividades que ela própria – Constituição – considerou visceralmente distintas, como efetivamente o são (serviço público e exploração de atividade econômica), pretendeu fazer *tabula rasa* do sobredito discrímen, conquanto nele se estratifique a separação essencial entre o que é próprio do Estado e o que é próprio dos particulares, *com os correlatos regimes jurídicos díspares*.

79. Deveras, a lei prevista no art. 173, § 1º, constitui-se em habilitação para regular "exploração de atividade econômica" efetuada pelo Poder Público: atividade atípica do Estado. Logo, dela terá de resultar disciplina *informada pelos correspondentes critérios*, como é evidente, e não pelos critérios atinentes à prestação de serviços públicos. É verdade que a parte final do inciso III (do art. 173, § 1º) menciona: "observados os princípios da administração pública". Contudo, tais princípios serão os da administração pública *operante na esfera econômica*, e não os da administração pública simplesmente, pois o que está em pauta é um regime diverso daquele que preside o comportamento típico da administração.

Com efeito, se fora para adotar este último, não haveria necessidade do tal "estatuto", nem de uma regência específica de suas licitações e contratos, bastando a que se adota para a Administração direta, suas autarquias e fundações. Aliás, o inciso II do mesmo parágrafo é claro ao estabelecer que o estatuto a que alude a cabeça do artigo disporá sobre a sujeição de tais empresas "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias".

Assim, seria rebarbativa a conclusão de que tanto entidades prestadoras de serviços públicos como exploradoras de atividade econômica, conquanto profundamente diversas em seus pressupostos de criação e em suas finalidades, devam ter suas licitações e contratos regulados na conformidade de dispositivo que se reporta – e até mesmo de modo enfático – exclusivamente às estatais exploradoras de atividade econômica.

80. Não há negar que o reformador da Constituição – nos limites do poder de reforma – pode adotar as soluções que queira, mesmo se reveladoras de invulgar falta de descortino ou de senso jurídico. Sem embargo, o dever do intérprete não é o de buscar o "propósito", a "intenção", de quem produz a norma, mas o de identificar o que resulta da própria norma, ou seja, o *sentido objetivo dela*, independentemente do que haja sido desejado por seus fautores. Demais

disto, entre duas interpretações possíveis, o exegeta tem que adotar a que melhor se harmoniza com o sistema como um todo, compatibilizando disposições diversas. *In casu*, há outros preceptivos a serem considerados.

Deveras, o art. 37, que vaza não apenas regras, mas *princípios* da Administração Pública *direta e indireta*, abrangendo, portanto, as empresas estatais, submete-as ao princípio da *moralidade administrativa*. O abrandamento do regime licitatório (previsto na Lei 8.666) – única razão para se atribuir um regime peculiar às licitações das estatais – em nada contribuirá para a moralidade administrativa, como é óbvio. Só pode concorrer para que esta se exponha a defecções maiores. Se tal regime próprio, menos rígido, é compreensível no caso das exploradoras de atividade econômica, ante suas inevitáveis peculiaridades, inversamente, não é suscitado por necessidade alguma no caso das prestadoras de serviços públicos, já que desempenham atividade típica do Estado. Donde, supô-las inclusas neste mesmo abrandamento equivale a concluir que a emenda constitucional pretende escancarar-lhes facilidades gravosas à moralidade administrativa. Ora, entre alternativas hermenêuticas possíveis, o intérprete não pode jamais propender para aquela que desnecessariamente inculca à norma interpretanda um sentido conflitante com outra, maiormente se estoutra for veiculadora de um princípio – e, no caso, do mais subido relevo: o da moralidade administrativa.

81. Demais disto, também não é de bom corte exegético enveredar por interpretações que aportem em resultados surpreendentemente despropositados. A se entender que quaisquer empresas estatais ficarão sujeitas ao regime previsto para as exploradoras de atividade econômica, mesmo os contratos travados pelas prestadoras de serviços públicos serão havidos, consoante visto (inciso II do § 1º do art. 173), como contratos de Direito Privado, e *não contratos administrativos*. Logo, nem o contratante governamental desfrutará dos poderes *indispensáveis à proteção do interesse público* que lhe são reconhecidos no contrato administrativo, nem os contratados beneficiar-se-ão da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, fundamental para a segurança das relações em que estejam em pauta serviço ou obra pública. Por isto mesmo, está assegurado no art. 37, XXI, da Constituição. Este, todavia, no art. 22, XXVII, foi claramente afastado em relação às estatais ali mencionadas.

Bem se vê, então, que acolher a interpretação de que o art. 22, XXVII, está reportado à generalidade das empresas estatais conduz

a autênticos disparates, a resultados desastrosos, que, sempre que possível, devem ser evitados em qualquer labor exegético, para não se incorrer de chapa na sempre lembrada advertência de Carlos Maximiliano, o príncipe de nossos mestres de exegese: "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".[46]

82. Em suma: a correta interpretação do art. 22, XXVII, é – e só pode ser – a de que a lei a que ele se refere disporá sobre o estatuto das empresas exploradoras de atividade econômica, nada tendo a ver com as prestadoras de serviço público ou outra atividade propriamente pública.

Não se nega que também esta interpretação engendra problemas. Deveras, reconhecido, como se tem de reconhecer, que as prestadoras de serviço público não estão referidas no mencionado artigo, resulta que para elas não está prevista – ou, ao menos, não o está expressamente – a submissão a normas gerais de licitação e contratos expedidas pela União.

Ante esta dificuldade, o exegeta depara-se com as seguintes alternativas de interpretação: ou assume, pura e simplesmente, que, de fato, ficaram ao largo da incidência de tais normas gerais ou considera que a redação infeliz do texto (nada surpreendente, pois o emendante em outras passagens também se revelou uma nulidade) não deve prevalecer sobre uma compreensão sistemática da Lei Magna. Neste último caso, para composição da diretriz hermenêutica correta levará em conta os elementos relevantes a seguir expostos.

Como o dispositivo em causa reputou ditas normas gerais necessárias até mesmo para a Administração direta dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tanto como para suas autarquias e fundações, "obedecido o disposto no art. 37, XXI" – no qual residem pautas

46. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Forense, 1995, p. 103. No mesmo sentido é a lição do eminentíssimo ex-Ministro da Suprema Corte dos EUA Henry Campbell Black, em sua vetusta e insuperável obra monumental sobre interpretação: "It is presumed that legislature does not intend an absurdity, or that absurd consequences shall flow from its enactments. Such a result will therefore be avoided, if the terms of the act admit of it, by a reasonable construction of the statute" (*Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing, 1896, p. 104). E, logo além, à mesma página: "The presumption against absurd consequences of the legislation is therefore no more than the presumption that the legislators are gifted whit ordinary good sense".

comandantes de licitações e contratos administrativos em todo o país –, não seria crível que, incoerentemente, deixasse à margem destas normas gerais justamente empresas prestadoras de serviço público, que, além de desenvolverem atividades da mesma natureza das exercidas pela Administração direta e autarquias, representam figura jurídica ainda mais necessitada de disciplina constritiva, ante os notórios abusos em que tradicionalmente incorriam nesta matéria.

Assim, haver-se-á de entender que, ao respeito, a regra em apreço, segundo expressão corrente entre os exegetas, *dixit minus quam voluit*. Em palavras simples: que foi muito malredigida, o que não é de surpreender. Nisto estaria a revelar uma constante, encontrável também em outras disposições inseridas pelo "Emendão", todas a demonstrar uma irremissível incapacidade de seus idealizadores de operarem concreta e idoneamente no mundo das normas de Direito as transformações que abstrusamente excogitaram.

83. Destarte, cumpre, em conclusão, entender que as empresas estatais prestadoras de serviço público também se assujeitam às normas gerais de licitação e contratos expedidas pela União e, pois, que continuam e continuarão a ser regidas pela Lei 8.666, de 21.6.1993, com suas alterações posteriores. Já as empresas estatais exploradoras de atividade econômica futuramente terão suas licitações e contratos regidos pela lei a que se refere o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu o "Emendão", isto é, na conformidade do estatuto para elas previsto no art. 173 da Lei Magna. ***Enquanto isto não ocorrer persistirão regidas pela Lei 8.666, com as ressalvas inicialmente feitas.***

Ao fim e ao cabo dir-se-á que as alternativas de interpretação levantadas – inclusive, pois, a que aqui é proposta como juridicamente adequada – não se livram de dificuldades que exigem tormentosas contorções exegéticas para se extrair a solução sufragada pelo Direito. É verdade. Sem embargo, naqueles raros casos em que a regra jurídica foi produzida por quem não tinha o mínimo de competência técnica para a tarefa a que se propôs, sobra inevitavelmente para o intérprete redobrado trabalho para compor um sentido racional, coerente e idôneo à face do Direito posto tomado em sua unidade, ou seja, em seu conjunto, como, sabidamente, é obrigatório fazer.

Resulta, em última instância, que é inevitável, entre alternativas de interpretação, adotar aquela que se apresenta como mais ajustada à inteireza do texto onde se encarta a regra *sub examine*, aquela que

não contravém a princípios básicos e que não se choca com outros dispositivos a que se reporta e que, ademais, evita incoerências, absurdos ou inconveniências óbvias.

84. Regime tributário – As empresas estatais, conquanto prestadoras de serviços públicos, quando haja contraprestação pelo pagamento de preços ou tarifas *pelo usuário* do serviço não se beneficiam da imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal – onde se proíbe que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituam *impostos* sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. É que o § 3º do mesmo artigo é explícito em excluir, em tais casos, a incidência da referida imunidade. Ora, como ditas empresas operam mediante as referidas contraprestações, salvo em hipóteses incomuns nas quais inexistam, ficarão ao largo do aludido dispositivo protetor.

85. Responsabilidade – No que atina à responsabilidade destas empresas pelos danos que causarem a terceiros em virtude da condição de prestadoras de serviço público, atualmente é certo que se governa na conformidade dos mesmos critérios que se aplicam ao Estado; ou seja: os da responsabilidade objetiva, pois assim é, segundo doutrina e jurisprudência, a responsabilidade pública. Portanto, independe de dolo ou culpa, bastando o nexo causal entre o seu comportamento e o agravo destarte produzido. Isto por força do precitado art. 37, § 6º, da Constituição, que estabelece para as pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público a mesma responsabilidade que incumbe às pessoas de Direito Público, a qual, desde a Constituição de 1946, tem sido entendida como sendo responsabilidade objetiva. Além disto, conforme já foi visto (n. 65), o Estado responde subsidiariamente pelos danos por elas causados.

As afirmações doutrinárias e jurisprudenciais no país, caracterizando genericamente a responsabilidade pública como de natureza objetiva, não distinguem entre comportamentos comissivos e omissivos do Estado. Isto se deve, quando menos em parte, a que supõem, erroneamente, que é responsabilidade objetiva a responsabilidade por *faute de service*, ou seja, a que tem lugar quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tarde, segundo a fórmula clássica oriunda da sistematização de Paul Duez[47] e acolhida pela jurisprudência administrativa francesa. Em realidade, a

47. *La Responsabilité de la Puissance Publique*, Paris, Librairie Dalloz, 1927, p. 15.

faute de service apresenta-se, antes, em geral, como uma "forma publicizada de noção de culpa", para usar a expressão feliz de Francis-Paul Bénoît.[48]

86. Assim, parece-nos que é preciso distinguir, como ensinou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, entre atos comissivos, nos quais a responsabilidade é objetiva, e atos omissivos, em que a responsabilidade depende de dolo ou culpa, ou seja, do descumprimento de um dever jurídico.[49] Julgamos necessário acrescentar, entretanto, que também haverá responsabilidade objetiva nos casos de guarda de coisas ou pessoas perigosas, o que é demandado pela ideia de risco-proveito, e naqueles outros nos quais, mesmo não sendo o Estado o próprio autor do dano, uma atuação positiva sua concorreu decisivamente para fazê-lo eclodir (v. Capítulo XX).

Fora daí, o que pode ocorrer são casos de "culpa presumida", em que caiba ao Poder Público o ônus de provar que nela não incidiu. Vale observar que, em despeito das afirmações teóricas da doutrina e jurisprudência brasileiras, na prática, as soluções que apresentam praticamente coincidem com o esquema lógico que consideramos correto, pois as decisões judiciais, embora mencionando responsabilidade objetiva nos casos de dano por comportamento omissivo, estão sempre a fundamentar-se largamente na culpa, por negligência ou imprudência do Poder Público, por deixar de acorrer tempestiva e eficientemente para impedir evento danoso a terceiros.

c) Relações internas

87. Este tópico propõe a questão relativa à natureza jurídica dos vínculos que intercedem entre as empresas estatais e seus agentes e, preliminarmente, o da criação de empregos em tais pessoas.

A regra para a criação de seus empregos, similarmente ao que ocorre com a criação de cargos e empregos na Administração direta, é a de que terão de ser criados por lei. Ainda que não haja uma estatuição constitucional específica, este deve ser o entendimento. Com efeito, o art. 48, X, da Constituição, dispõe que ao Congresso Nacional compete criar cargos, funções e *empregos públicos*. É, pois, de teor amplo e genérico; logo, suficiente para abranger o caso *sub exa-*

48. *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 677.

49. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1969, pp. 482 e 483.

mine. De outra parte, o art. 37, *caput*, declara que a Administração indireta, tal como a direta, se submete ao princípio da legalidade. Seria estranha tal submissão se o próprio Executivo ou, ainda pior, se as autoridades internas de tal sujeito, em despeito disto, fossem liberadas para criar empregos, isto é, lugares de trabalho, nas sobreditas entidades, tanto mais porque, a própria criação destas pessoas, conforme art. 37, XIX, depende de autorização legislativa. Demais disto, como a criação de empregos no sobredito sujeito, a teor do art. 169, tal como ocorre com os cargos na Administração direta, e com a contratação de pessoal, dependem de prévia dotação orçamentária suficiente para acobertá-los, ditos empregos haverão de estar legalmente previstos, pois o orçamento, com suas dotações, é estabelecido por lei, a lei orçamentária, a teor do art. 48, II, da CF.

No que concerne à natureza dos vínculos entre empresas estatais e seus agentes, estes, quando dirigentes da pessoa, investidos em decorrência de providências governamentais exercidas em nome da supervisão ministerial, na forma do art. 26, parágrafo único, "a", do Decreto-lei 200, exercem mandatos, representantes que são do sujeito controlador da pessoa. Cumulam a dupla função de agentes da empresa estatal e representantes da entidade que a supervisiona. Nada importa se foram diretamente designados ou se foram eleitos com o patrocínio governamental. Não são empregados da pessoa regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, salvo se já mantinham com ela vínculos desta natureza.

Todos os demais são empregados, submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), seja por força de tratar-se de entidade de Direito Privado, seja por disposição expressa constante do art. 182 do Decreto-lei 200, seja, no caso das exploradoras de atividade econômica, por imposição também do § 1º, II, do art. 173 da Constituição. A Justiça competente para conhecer das questões relativas a tais vínculos é a Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição).

Sem embargo, ainda aqui há influxo de princípios ou regras de Direito Público que determinam algum tratamento peculiar a eles, a começar pela limitação da remuneração dos agentes de tais pessoas ou de suas subsidiárias. É que (tal como ocorre no serviço público em geral) se assujeitam ao teto remuneratório correspondente ao dos subsídios de Ministro do STF, salvo se a empresa não receber recursos da União, Estado, Distrito Federal ou Município para pagamento

de seu pessoal ou custeio em geral (art. 37, § 9º, da Constituição Federal). Porém, ainda há mais. Vejamo-lo.

88. Admissão e dispensa de pessoal nas empresas estatais – Em decorrência do art. 37, II, da Constituição, de acordo com o qual "a investidura em cargo ou *emprego público* depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão (...)", o ingresso nas empresas estatais está subordinado ao aludido requisito. Esta regra há de sofrer certa atenuação, embora não elisão, tratando-se de empresa estatal *exploradora de atividade econômica*. Para tanto concorre não apenas sua natureza industrial ou comercial, mas, sobretudo, o referido art. 173, § 1º, II, da Constituição, que refere a submissão destas pessoas ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas.

Compreende-se que a empresa estatal pode, legitimamente, prescindir da realização de concurso público nas situações em que sua realização obstaria a alguma necessidade de imediata admissão de pessoal ou quando se trate de contratar profissionais de maior qualificação, que não teriam interesse em se submeter a prestá-lo, por serem absorvidos avidamente pelo mercado.

89. Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

Com efeito, a empresa estatal é entidade preposta a objetivos de interesse de toda a coletividade. Quem tenha a responsabilidade de geri-la exerce função, isto é, poder teleologicamente orientado para o cumprimento de fins que são impositivos para quem o detém. Em rigor, o que dispõe é de um dever-poder. O dever de bem curar um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome do qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la. Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe

ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão, convenha promover uma redução do quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser.

90. Cumpre relembrar, finalmente, a menção, já dantes feita, ao art. 37, XVII, da Constituição, o qual veda que sejam cumulados cargos, funções ou empregos públicos com cargos, funções ou empregos destas pessoas ou que a acumulação se faça entre elas, salvo nos casos excepcionais de acúmulo permitido.[50]

IV. Figuras jurídicas introduzidas pela Reforma Administrativa

91. Recentemente foram introduzidas ou simplesmente propagadas entre nós certas figuras jurídicas (ou apenas práticas administrativas) consideradas como integrantes de um bloco que se convencionou denominar de "Reforma Administrativa". Além das "autarquias sob regime especial", das "agências reguladoras" e das "agências executivas", das quais já se tratou (ns. 19-35), apareceram, ainda:

a) os "contratos de gestão", referidos em algumas leis, mas cuja fisionomia genérica *não está configurada em lei alguma*. Há tão só uma tentativa de conceituá-los, mas apenas para os fins específicos da lei das organizações sociais (Lei 9.637, de 15.5.1998), no art. 5º do citado diploma;

b) as "organizações sociais", reguladas pela Lei 9.637, de 15.5.1998;

c) as "organizações da sociedade civil de interesse público", instituídas pela Lei 9.790, de 23.3.1999.

50. São casos de acumulação permitida, desde que haja compatibilidade de horários, os de: dois cargos de professor, dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI). Há ainda, conforme disposto no art. 95, parágrafo único, I, a possibilidade de acumulação do cargo de juiz com um cargo de magistério. Como se vê, as distintas hipóteses de acumulação permitida não parecem suscetíveis de ocorrer em relação a empresas estatais exploradoras de atividade econômica, salvo, talvez, para cargos privativos de médico.

Os "contratos de gestão", como em seguida se dirá, não se constituem em *nomen juris* designativo de uma única realidade, mas, pelo contrário, rotulam duas coisas totalmente diferentes, e, por isto, terão de ser explicados separadamente mais ao diante.

As "organizações sociais" e as "organizações da sociedade civil de interesse público", ressalte-se, *não são pessoas da Administração indireta*, pois, como além se esclarece, são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter "parcerias"[51] – para usar uma expressão em voga – com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos.[52]

As figuras mencionadas, componentes de uma pretensa reforma administrativa, são expressões de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo. Este, pretendendo a submersão do Estado Social de Direito,[53] apresenta-o como praticante de um intervencionismo exacerbado, incompetente e economicamente inviável, propondo, então, uma "Reforma do Estado", com uma redefinição de suas atividades. Sobre isto, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em valiosa monografia sobre o chamado "Terceiro Setor", emitiu o seguinte comento – que, em sua sobriedade, vale como cautelosa advertência: "Os argumentos que justificam essa redefinição das atividades do Estado, como afirmamos no item 2 do Capítulo II, são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa – não comprovada por qualquer experiência histórica recente – de que haverá, ao final do

51. V., a respeito, o pioneiro e valiosíssimo estudo da eminente Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999. Trata-se de obra magistral e de leitura absolutamente indispensável. Usamos no texto a expressão "parceria" em um sentido mais restrito do que o utilizado pela autora.

52. Sobre a distinção entre serviços públicos privativos do Estado e serviços titularizáveis pelo Estado e por particulares v. Capítulo XI, n. 19.

53. O insigne mestre Paulo Bonavides, luminar do Direito Constitucional brasileiro e modelo de exemplar cidadania, em obra monumental, na qual examina *ex professo* temas da máxima atualidade, faz candente defesa do Estado Social de Direito, com as seguintes palavras, que de muito bom grado avalizamos: "Quando a crise estalar porém sobre o capitalismo globalizante do modelo neoliberal – já a esta altura impugnado e açoitado das forças de resistência que lhe arriaram a máscara e lhe patentearam a brutalidade com que oprime – o mundo outra vez se há de inclinar para a alternativa do Estado Social" (*Do País Constitucional ao País Neocolonial*, 4ª ed., Malheiros Editores, 2009, p. 21).

processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender às demandas sociais".[54]

Aliás, com a chamada "reforma administrativa" não vieram apenas institutos novos. Veio também uma terminologia altamente prejudicial, já que, fazendo-se desembarcar no Direito expressões oriundas da linguagem da Economia ou da Ciência da Administração, nele foram introduzidas palavras que não possuíam significado jurídico algum reconhecível e que, demais disto, radicalizavam sob um mesmo rótulo realidades similares sob perspectiva extrajurídica, mas profundamente distintas ante o Direito. Com isto, tais palavras acabaram por se revelar hábeis para instaurar confusão, facilitando, deste modo, a adoção de práticas inadmissíveis ao lume de nosso sistema normativo, mas que, por estarem recobertas com palavras novas, não se exibiam, *prima facie*, como contrastantes com nosso direito positivo.

Assim, surgiram expressões como "terceirização", "parcerias", "terceiro setor" que, como é natural, logo encantaram os novidadeiros. Vejamos o que querem dizer tais palavras, antes de passar ao exame dos institutos introduzidos pela tal "Reforma".[55]

Terceirização significa, pura e simplesmente, passar para particulares tarefas que vinham sendo desempenhadas pelo Estado. Daí, que este rótulo abriga os mais distintos instrumentos jurídicos, já que se pode repassar a particulares atividades públicas por meio de concessão, permissão, delegação, contrato administrativo de obras, de prestação de serviços etc. Com isto, é bem de ver, falar em *terceirização* não transmite ao interlocutor a mínima ideia sobre aquilo que está de direito a ocorrer. Isto é, não se lhe faculta noção alguma sobre a única coisa que interessa a quem trata com o Direito: a identificação de um regime jurídico incidente sobre a espécie cogitada.

Parceria, também é uma expressão extremamente genérica, prestante para indicar qualquer modalidade de colaboração entre entidade pública e particulares; logo, também insuficiente para permi-

54. *Terceiro Setor*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

55. Algumas destas palavras não designam supostos institutos, nem trazem qualquer conteúdo novo, como "governança" (ao invés de "governo" ou "governabilidade", conforme o caso), "sustentabilidade" etc. São apenas importações terminológicas do *mundo dos negócios privados*. A utilização deste jargão por parte de pessoas da área jurídica é feita como insígnia de modernidade. Revela ansiosa submissão ao pensamento neoliberal e cooperativa familiaridade com ele, credenciando seu usuário a um trânsito livre junto aos adeptos desta crença.

tir identificar o instituto jurídico que estaria em causa. Acabou por surgir, com a Lei 11.079, de 30.12.2004, um teratológico instituto, repleto de inconstitucionalidades, que veio a ser designado como "parceria público-privada" e que foi apresentado como sendo uma espécie de "concessão de serviço público". Sobre isto se falará, com alguma detença, no Capítulo XII ("Concessões e Permissões de Serviço Público"), ns. 101 e ss.

Terceiro Setor é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados. Enquadram-se nesta categoria as Organizações Sociais, previstas na Lei 9.637, de 15.5.1998, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), reguladas na Lei 9.790, de 23.3.1999). A elas já se fez menção nos ns. 105 a 111. Também se encaixariam no "terceiro setor" as notórias Entidades de Utilidade Pública, às quais se faz breve menção no Capítulo XIII, e cuja disciplina, já bastante antiga, é a que consta da Lei 91, de 28.8.1935.

O que alimentou estas criações, filhas queridas do neoliberalismo, foi a assertiva corrente de que o Estado é mau prestador de serviços. Ocorre que o Estado é, sem dúvida alguma, *pior fiscalizador do que prestador de atividade*.[56]

Contrato de gestão

92. Consoante já se averbou, não existe definição legal *genérica* para identificar o que se pretenda abranger sob tal *nomen juris*. E nem poderia haver, pois tal rótulo foi normativamente utilizado para referir duas realidades visceralmente distintas, a saber:

56. Daí que, como se verificou amplamente, a grande maioria dos escândalos administrativos denunciados pelos meios de comunicação nos últimos tempos, eclodiu justamente em consequência da terceirização, isto é, da privatização tão louvada por estes mesmos meios de comunicação. Sem embargo, consoante nos parece, era fácil prever que isto inevitavelmente ocorreria, mesmo não se devendo, sob pena de leviana injustiça, atribuir, este intento malfazejo aos que conceberam os instrumentos administrativos prestantes para tal resultado maligno. Sendo o Estado mau fiscalizador, ao trespassar para os particulares a prestação de atividades que poderia ou deveria ele próprio desempenhar (algumas até por imposição constitucional), ficam elas entregues meramente à rotineira cobiça dos empreendimentos privados e a resultados moralmente reprováveis, tais a corrupção e o nepotismo, como a prática o demonstrou sobejamente, ao invés de irromper a tão alardeada eficiência da iniciativa privada.

a) *pretensos "contratos" travados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado*;

b) *contratos travados com pessoas alheias ao Estado ("organizações sociais")*, que não guardam relação alguma com os anteriores.

Em relação aos contratos travados com entidades da Administração indireta não há definição legal alguma. Na verdade, como se esclarece a breve trecho, estes *não podem ser contratos* – embora como tal se apresentem –, pois, nesta qualidade, *atualmente*, seriam juridicamente *impossíveis* ou *inválidos*. Contudo, poderão existir *no futuro*, a partir da lei prevista no art. 37, § 8º, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 19, a qual veio a propiciar-lhes virtualidade de existência jurídica.

Para os contratos travados com as "organizações sociais" há, sim, um conceito legalmente formulado. É o que foi expresso no art. 5º da Lei 9.637, de 15.5.1998. Ali se estabelece que, *para os fins dessa mesma lei*, contrato de gestão é "o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º". Tais atividades são: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente.[57]

Mencionado que se trata de duas realidades completamente diferentes, percebe-se que seria vã qualquer tentativa de buscar uma noção que abrangesse ambas as figuras.

De nada valeria o dizer-se que tais práticas administrativas possuem um ponto em comum: serem formas (ainda quando juridicamente inidôneas) de *buscar o cumprimento de certas metas administrativas* de desempenho nelas prefixadas e cuja paulatina realização deverá ser avaliada periodicamente pelo contratante. Este ponto de afinidade, entretanto, é absolutamente insuficiente para aparentá-las,

57. A definição em apreço, de um lado, é lamentável do ponto de vista técnico, pois começa por qualificar tal contrato como um "instrumento". Ora, qualquer pessoa com rudimentos de Direito sabe que contrato não é o instrumento no qual está vertido. Este último é apenas o meio por via do qual se externa o contrato. De outro, é altamente imprecisa, pois não esclarece o que deverá ser entendido por "parceria", expressão extremamente vaga e que serve para abranger quaisquer formas de colaboração entre o Poder Público e terceiro na realização de algum empreendimento. Esclarece-se apenas que o objeto de tal contrato com as organizações sociais diz respeito às atividades indicadas (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente).

pois, em fim de contas, o Poder Público estará, em todo e qualquer caso, buscando sempre atingir certos resultados, que podem ser chamados de metas (sejam elas mais ou menos especificadas), e também terá sempre o dever jurídico de fiscalizar seu cumprimento.

Fixado este ponto, comecemos por examinar os "contratos" de gestão travados entre o Poder Público e entidades de sua Administração indireta.

Contratos de gestão entre Estado e entidades da Administração indireta

93. A primeira menção a contratos de gestão aparece no Governo Collor (1990/1992), através de ato infralegal: o Decreto 137, de 27.5.1991.[58] Já a primeira lei a tratar de contratos de gestão foi a de n. 8.246, de 22.10.1991, também do Governo Collor.[59] Fê-lo para autorizar o Poder Executivo a instituir o "Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais" e com ele travar contrato de gestão, sem esclarecer o que se entenderia como tal.

Decreto importante, por ter versado a matéria com alguma amplitude, *tendo em vista contratos de gestão a serem travados* ***com autarquias e fundações***, é o de n. 2.487, de 26.11.1997, logo seguido pelo de n. 2.488, da mesma data.

58. Outros decretos, além do referido no texto, mencionam os contratos de gestão. São eles: Decreto s/n de 30.9.1991, que aprovou a reforma do Estatuto da PETROBRÁS (art. 40); Decreto 370, de 20.12.1991 (art. 8º); Decreto 371, da mesma data, que instituiu o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (art. 7º); Decreto 808, de 13.5.1993, que aprovou a estrutura regimental da Casa Civil e da Assessoria de Comunicação Institucional da Presidência da República (art. 5º, VI); Decreto 1.068, de 2.3.1994 (art. 9º); Decreto 1.091, de 21.3.1994 (art. 5º); Decreto 1.792, de 15.1.1996 (arts. 19, II, 21, II, e 32, II); Decreto 2.335, de 6.10.1997, que constituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (art. 9º, VII); Decreto 2.344, de 9.10.1997 (art. 1º, parágrafo único); Decreto 2.405, de 26.11.1997 (art. 2º).

59. Depois dela só vieram a se referir a contratos de gestão a Lei 9.276, de 9.5.1996, que dispõe sobre o plano plurianual para o período 1996/1999; a Lei 9.427, de 26.12.1996, que prevê o travamento de contrato de gestão com a autarquia Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; a Lei 9.473, de 22.7.1997, que dispõe sobre as diretrizes para elaboração da lei orçamentária de 1998; a Lei 9.482, de 13.8.1997, que dispõe sobre a administração do Instituto de Resseguros do Brasil (hoje denominado **IRB-BRASIL Resseguros S/A**, com a abreviatura "**IRB-Brasil Re**") e o autoriza a celebrar contrato de gestão; a já referida Lei 9.637, que regulou as organizações sociais; e, finalmente, a Lei 9.649, de 28.5.1998, para fins de permitir a qualificação como agência executiva de autarquia ou fundação que, entre outros requisitos, haja celebrado contrato de gestão com o Poder Público.

94. Os "contratos de gestão" travados entre a Administração direta e as pessoas da Administração indireta são, consoante já se disse (n. 34), arremedos de contratos, encenação sem nenhum valor jurídico, pelos quais se documenta que a Administração Central "concede" à autarquia ou fundação maior liberdade de ação, isto é, mais autonomia, com a dispensa de determinados controles, e assume o "compromisso" de repasse regular de recursos em contrapartida do cumprimento por estas de determinado programa de atuação, com metas definidas e critérios precisos de avaliá-las, pena de sanções a serem aplicadas ao dirigente da autarquia ou fundação que firmou o "pseudocontrato" se, injustificadamente, o descumprir.

Em suma, seu propósito é o de outorgar maior autonomia gerencial, administrativa e financeira ao "contratado", bem como a de lhe assegurar a regularidade das transferências financeiras previstas em vista da obrigação, que este assume, de cumprir metas expressivas de uma maior eficiência. *Estes – e unicamente estes "falsos contratos", de existência jurídica* ***atualmente*** *impossível ou inválida – é que foram compostos com inspiração em práticas administrativas francesas*,[60] as quais se estabeleceram em outro ambiente jurídico, cujo quadro propõe condicionantes diversos dos nossos.

95. *Tais práticas administrativas – antes da inclusão de um fantástico § 8º ao art. 37 da Constituição Federal por obra da teratológica Emenda Constitucional 19, o chamado "Emendão", e da futura lei que em sua conformidade deverá ser expedida, conforme a breve trecho se aclara – ou são contratos inválidos ou impossíveis, isto é, textos irrelevantes ante o Direito, sem valia alguma em face dele.*

60. Tais práticas – diga-se de passo e brevissimamente – surgiram na França, como consequência do chamado "relatório Nora", apresentado em 1967, no qual este administrador – SNCF – encarecia a necessidade de diminuir os controles administrativos sobre as estatais francesas, visando sobretudo à maior eficiência delas. Conforme exposição de André Delion ("L'évolution du contrôle des entreprises publiques em France", in *Revue Française de l'Administration Publique* 87/689-710, n. 32), dois anos depois, em 1969, o Primeiro-Ministro Chaban Delmas, em relatório apresentado perante a Assembleia Nacional, sugeria a "contratualização" das relações entre as empresas públicas e o Estado. Daí o surgimento, inicialmente, dos chamados "contratos de programa", travados nesse mesmo ano, o primeiro dos quais com a *Societé Nationale des Chemins de Fer* – SNCF. Ulteriormente surgiriam os "contratos de empresa", em 1978, firmados desde logo com a *Air France* e com a *Charbonnages de France*, e ainda mais tarde os "contratos de plano". Malgrado certas diferenças entre eles, cujas particularidades não nos interessam, o certo é que subjacente a todos existia um projeto de obter maior eficiência e produtividade.

96. Deveras, cumpre liminarmente anotar que as empresas do Estado, nos termos do Decreto-lei 200 (arts. 19 e 26), estão sujeitas a supervisão ministerial, do que resulta para a Administração direta um plexo de poderes, entre os quais se incluem, conforme a natureza jurídica da entidade, os de nomear seus dirigentes máximos ou de indicar os que deverão ser eleitos, graças à maioria acionária do Poder Público. Assim, seu poder de influir é muito amplo. Não teria, então, necessidade alguma de contratar com elas, se isto fosse validamente possível.

Com efeito, bastar-lhe-ia estabelecer as metas de desempenho, a cronologia de seu cumprimento e demais disposições que reputasse pertinentes (as que constariam de um "contrato de gestão"), apresentando-as àqueles que fossem ser nomeados ou indicados para eleição, sob esclarecimento de que sua permanência nos cargos dependeria do cumprimento de tais objetivos. De outro lado, se o Poder Público entende que o atingimento das sobreditas metas depende de uma amenização do controle e de uma transferência de recursos efetuada com rígida regularidade de antemão prevista, não terá mais a fazer senão, *por ato unilateral* (já que por contratos não se modificam atos unilaterais), excluir a entidade do âmbito dos decretos regulamentares ou de outros atos normativos que lhe cerceiem a liberdade.[61] Assim, também, haverá de efetuar as transferências de recursos com a regularidade suposta.

É evidente, de outra parte, que *nem por ato unilateral da Administração, nem por contrato, poderiam ser modificadas disposições de lei*. Assim, por óbvio, só se está cogitando de alterações ou providências suscetíveis de serem tomadas a nível subalterno, isto é, sublegal, meramente administrativas.

Por este prisma, então, já se vê que os contratos de gestão seriam algo inútil e até mesmo rebarbativo, pois não faz sentido contratar o que se pode impor. Sem embargo, pretende-se demonstrar

61. Aliás, diga-se de passagem, tais decretos ou atos normativos, em geral, são, eles mesmos, inválidos, por restringirem liberdade que a própria lei outorgou às entidades da Administração indireta, indo, portanto, além do que seria permitido. O controle administrativo ou tutela administrativa, segundo generalizada lição doutrinária, exerce-se nos limites da lei. Não se presume. Existirá quando, como e na forma prevista em lei, ressalvados os casos que ensejam o exercício da chamada "tutela extraordinária" (v. a respeito ns. 7 e 8 deste Capítulo; as observações ali feitas em relação ao controle das autarquias valem também para as demais entidades da Administração indireta).

que, além de inútil, o contrato de gestão, se efetivamente contrato fosse, seria, demais disto, *na atualidade* – isto é, antes da sobrevinda da lei prevista na Emenda Constitucional 19, que o previu –, impossível ou *inválido*.

97. Registre-se – é importante fazê-lo – que só se pode falar em contrato *na pressuposição de que vincula as partes*. Tal vinculação significará, de direito, que, violadas suas cláusulas, o violador responderá por isto. Deveras, se fosse inconsequente a violação do estabelecido, o entendimento firmado seria apenas um "acordo de cavalheiros", um "protocolo de intenções", nunca um contrato. Assim, tanto o Poder Público como a entidade da Administração indireta teriam que responder pelos atos de transgressão das cláusulas que houvessem *contratualmente* concertado.

Logo, para existir um contrato de gestão com entidades da Administração indireta (empresas estatais, autarquias ou fundações governamentais) seria necessário que os dois polos da relação se engajassem em termos dos quais resultaria responsabilidade para o descumpridor do estatuído entre as partes.

98. Pois bem, suponha-se que, por quaisquer razões, inclusive de mudança de orientação política ou por uma crise econômica, ou mesmo por superveniência de orientação legislativa diversa, viesse a ser entendido que *melhor consultaria ao interesse público* ampliar os controles estabelecidos no contrato, modificar-lhes a índole e, eventualmente, reduzir – dentro do âmbito de liberdade que a lei conferisse – as transferências de recursos ou, simplesmente, alterar por completo a cronologia estabelecida no contrato.

É de meridiana clareza que o Poder Público não poderia renunciar ao seu dever de cumprir aquilo que fosse considerado de interesse público. Assim, se em momento posterior ao contrato, por força dos eventos mencionados, viesse a concluir que a maneira adequada para satisfazer dito interesse seria a adoção das providências tais ou quais (distintas do estabelecido no contrato), ou se fosse compelido a adotá-las, por determinação de lei superveniente, é óbvio que estaria no dever de descumprir o contrato. Por certo, ninguém duvidaria de que o Poder Público está impedido de, por contrato, *renunciar ao exercício de suas competências* e de, por contrato, *assumir o compromisso de não realizar aquilo que viesse a se configurar como interesse público em dado momento*.

99. Segue-se que, ao tomar as providências exigidas pelo interesse público, mas gravosas aos compromissos contratuais – *se de contrato efetivamente se tratasse* –, não haveria outra solução senão a de entender que sua inadimplência "resolver-se-ia em perdas e danos". Assim, de duas, uma: ou se considera

(a) tal solução *impossível*, seja pelo fato de que tais perdas e danos seriam indemonstráveis, seja por entender-se que, em última instância, o interesse de uma entidade auxiliar do Estado não poderia descoincidir com o próprio interesse maior do Estado *quando em pauta uma decisão de política administrativa deste*, isto é, algo resultante de uma *opção discricionária*, ou

(b) tal solução *possível*, caso em que a adoção da via contratual estaria a se revelar como fórmula jurídica que expõe o Estado a eventuais gravames financeiros dos quais estaria livre se impusesse as mesmas metas sem recorrer à fórmula do "contrato de gestão".

É evidente que, considerando-se *impossível* a solução de "perdas e danos" – *intelecção, esta, que entendemos ser a correta* –, resultará óbvio que de contrato não se trata, pois não pode existir tal figura jurídica se a violação de suas cláusulas for inconsequente.

Reversamente, considerando-se *possível* a solução de "perdas e danos", aí, sim, estaria presente a figura do contrato, *mas de um contrato inválido*.

É que, dispondo o Estado de duas vias jurídicas para aceder a um mesmo resultado – a via impositiva e a via consensual –, jamais poderia adotar a trilha que o expõe a eventuais comprometimentos patrimoniais despiciendos. Ou seja, não lhe é validamente permitido eleger via jurídica potencialmente onerosa se esta é incapaz de lhe outorgar, de direito, vantagens maiores do que as que captaria servindo-se da outra via, não onerosa (a impositiva). A ideia ressalta, ainda mais, se esta última se enquadra em sua forma típica de ação, maiormente nas relações com entidades que se constituem, acima de tudo, em meros sujeitos auxiliares seus.

100. Obviamente, isto não significa que o Estado não possa travar com as pessoas de sua Administração indireta entendimentos que signifiquem apenas o equivalente a um "acordo de cavalheiros" ou a um "protocolo de bons propósitos", *sem qualquer valor jurídico*.

Se isto impressiona os administradores públicos, economistas ou, mesmo, outros agentes, levando-os a se esmerarem no cumprimento de certos objetivos e metas, é importantíssimo que se reali-

zem tais encenações, dada a utilidade concreta que podem produzir, na medida em que *psicologicamente* influem de modo positivo no espírito de seus agentes. Tratar-se-á, em tal caso, de dramatização muito valiosa do ponto de vista da Ciência da Administração, pois, ao que parece, figurações do gênero, conquanto sejam juridicamente irrelevantes, sensibilizam muito administradores e economistas.

101. Em conclusão: *antes da possibilidade que lhes veio a ser aberta pela Emenda Constitucional 19 e da lei que disciplinará a matéria*, os "contratos de gestão" travados com pessoas da Administração indireta, do ponto de vista jurídico, ou não existem ou, se existirem, são inválidos. Entendemos – reitere-se – que não existem, por impossíveis. Em uma e outra hipótese é evidente que *não devem produzir consequências de direito.*

Disto resulta que é inválida a atribuição de regime jurídico peculiar a pessoas da Administração indireta pelo fato de travarem "contratos de gestão" com o Poder Público (como sucede com as autarquias ou fundações governamentais que recebem o título de "agências executivas" *se os houverem travado*).

Deveras, não podem resultar efeitos jurídicos válidos como decorrência de atos inexistentes juridicamente ou juridicamente inválidos.[62] Eis por que – diga-se de passagem – não pode operar validamente o disposto no parágrafo único do art. 24, da Lei 8.666, de 21.6.1993 (incluído pela Lei 9.648, de 27.5.1998, na conformidade de medidas provisórias anteriores), segundo o qual fica ampliado o limite de dispensa de licitação para as "agências executivas".

Outrossim, pelos mesmos motivos expostos, são evidentemente nulas quaisquer punições ou responsabilizações em geral previstas para o agente público de entidade da Administração indireta que não atinja as metas estipuladas, descumprindo, pois, o estabelecido em contratos de gestão. De resto, assume até mesmo coloração ridícula a suposição de que infrações no desempenho de atividade exercida por agente estatal possam ser criadas por contrato.

Tal situação mudará, por força do disposto no art. 37, § 8º, do "Emendão", o qual veio a permitir a existência de verdadeiros contratos de gestão com entidades da Administração indireta, os quais passarão a ser regidos por lei ainda não editada.

62. Ressalvam-se disto as situações oriundas da atuação dos chamados "funcionários de fato".

É que todas as considerações dantes expendidas, ainda que pudessem se mostrar convincentes, não poderiam prevalecer diante de regramento de hierarquia constitucional, contanto que este não seja radicalmente impossível de se viabilizar em termos jurídicos.

É o que se examina no tópico seguinte.

O art. 37, § 8º, da Constituição

102. O art. 37, § 8º, da Constituição, introduzido pelo chamado "Emendão" (Emenda Constitucional 19, de 5.6.1998), dispõe: "A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal".

Mesmo deixando de lado a estapafúrdia previsão, juridicamente impossível, de contratos entre "órgãos da Administração direta" (ou entre órgãos da Administração indireta), sobre os quais se falará logo em seguida, o dispositivo em apreço já exige ingentes esforços hermenêuticos.

É que, obviamente, a autonomia gerencial, administrativa e financeira das entidades da Administração indireta jamais poderia ser ampliada por "contrato", como diz o preceptivo em questão. Com efeito, se este fosse o sentido a ser extraído da regra introduzida pela emenda constitucional, seu comando seria inválido. Deveras, a autonomia das sobreditas pessoas advém de lei. Se contrato pudesse alterá-la, o contrato efetuado entre agentes do Executivo estaria legislando, isto é, regulando matéria disciplinada em lei, de maneira diversa do nela estatuído. Haveria, pois, invasão de poderes do Legislativo pelo Executivo; portanto, ofensa à *cláusula pétrea* da "separação de Poderes" (art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal).

Ante o exposto, outra há de ser a interpretação a ser dada ao art. 37, § 8º. Como ele menciona que a lei disporá sobre o prazo de duração de tais contratos, controles, avaliação, responsabilidades e remuneração de pessoal, haver-se-á de entender que tal lei, de par com os sobreditos aspectos, mencionará quais os controles que podem ser suspensos no caso de serem travados os contratos. Como

consequência, resultará ampliada a autonomia das entidades contratantes. É claro, então, que dita lei terá de ser explícita com relação ao que poderá ser afetado, isto é, em quê o regime nela disposto substituirá o regime diverso que vigoraria se não houvera o contrato.

Eis como, no futuro, depois de editada a pertinente lei, poderão existir verdadeiros contratos de gestão entre o Estado e suas pessoas da Administração indireta.

Contrato entre órgãos?

103. O art. 37, § 8º, pressupõe não apenas os contratos referidos, mas, já agora, pretendeu, baldadamente, é claro, introduzir impossíveis contratos entre "órgãos da Administração direta" para ampliar-lhes a autonomia. O disparate apresenta-se já de saída, pois:

a) órgãos não têm autonomia – logo, não haveria como ampliá-la;

b) acresce que, se os contornos das competências em questão houvessem sido estabelecidos por decreto regulamentar, expedido dentro dos limites de liberdade outorgados pela lei (art. 84, IV), sua modificação só poderia resultar de ato unilateral de quem as delineou – nunca de contrato –, pois a vontade de terceiro (o contratado) é irrelevante, já que não tinha e não pode ter poder algum sobre a definição das próprias competências. Dificilmente se conceberia despautério maior do que alguém delimitar o próprio poder, o que seria próprio apenas do soberano nos Estados absolutos;

c) sem embargo, o dislate supremo reside em que é juridicamente inexequível um contrato entre órgãos, pois estes são apenas repartições internas de competências do próprio Estado. São parcelas dele, dissolvidas em sua intimidade, tal como as partes de um dado indivíduo o são de seu próprio corpo.[63] Os órgãos do Estado são o pró-

63. Em comparação livre, pode-se dizer que, assim como os braços e as pernas de uma pessoa são partes que dela não se distinguem, do mesmo modo, os vários órgãos do Estado – ao contrário das entidades da Administração indireta, que se constituem em *pessoas* auxiliares do Estado – também dele não se distinguem. Assim como seria uma hipótese absurda a suposição de um contrato travado entre a cabeça de uma pessoa biológica com o pé desta pessoa (para que desse pontapés em algo), ou um contrato entre os dedos de suas mãos (para que se entrelaçassem), também seria equivalente absurdo imaginar-se órgãos de uma mesma pessoa travando contratos uns com os outros. É esta ideia teratológica, cujo nível de tolice parece nunca ter sido igualado, que os responsáveis pela aprovação do "Emendão" imaginaram estar introduzindo, sem se darem conta de sua impossibilidade lógica, o que bem demonstra o despreparo dos que mais diretamente hajam concorrido para isto e a falta de

prio Estado. Ao contrário deste, não têm personalidade jurídica. Só pode contratar quem seja sujeito de direitos e obrigações, vale dizer: pessoa. Portanto, nem o Estado pode contratar com seus órgãos, nem eles entre si, que isto seria um *contrato consigo mesmo* – se se pudesse formular suposição tão desatinada. Trata-se de algo evidentemente impossível;

d) acresce, para estupor ainda maior, que o texto em causa fala em contratos realizados "entre seus administradores e o Poder Público", talvez na suposição de que destarte fugiria de um resultado jurídico tão abstruso, tão grotesco e disparatado como o apontado e que, assim, solveria a dificuldade mencionada. Mais não fez que agravá-la. Com efeito, de nada valeria enveredar por tal rumo, pois o despautério retornaria por outra porta. É que, como qualquer o sabe, órgãos não têm, por si mesmos, "vontade" ou "ação" – nem poderiam tê-las –, visto que são realidades abstratas.

No plano das realidades naturais – isto é, naquele onde se ubicam os homens – é que existem vontade e ação, atributos dos seres físicos. Assim, a "vontade" e a ação dos órgãos são a própria vontade e ação de seus agentes (dos administradores e subalternos), que o Direito *imputa diretamente ao Estado*. Logo, quando um administrador público, *agindo nesta qualidade*, contrata algo, quem está contratando é o próprio Estado, *manifestando-se por um de seus órgãos*: aquele do qual dito administrador é agente. Segue-se que contrato feito por um administrador público, *qua tale*, é contrato realizado por via do órgão no qual o administrador está encartado. Donde, os contratos que os administradores públicos, nesta qualidade, travassem entre si, na intimidade da Administração direta, seriam "contratos" entre órgãos, o que – já se viu – é *juridicamente impossível*, pois contrato (como universalmente é sabido) é um vínculo travado entre, pelo menos, dois sujeitos de direito, duas pessoas. E órgãos não são pessoas. Logo, para que dois administradores, isto é, duas pessoas, se relacionassem contratualmente seria necessário que estivessem agindo *fora da qualidade de administradores*. Mas, se assim fosse, *não estariam vinculando os órgãos, ou seja, não poderiam estabelecer quaisquer programas ou metas de ação a serem por um deles cumpridas*, pois é claro que, se estivessem agindo em nome pessoal (e não em nome do órgão), haveria uma relação *privada* entre estes dois sujeitos. Nada, portanto, que dissesse respeito ao Poder

atenção dos que a aprovaram, pois é certo que no Congresso existem parlamentares de altíssimo nível. E não poucos.

Público. Acrescente-se que não pode haver relação privada, isto é, pessoal, das partes, envolvendo competências públicas;

e) também é certo, então, que não poderiam existir responsabilidades para os agentes que os travassem, pois não têm como travá-los.

Assim, tal dispositivo constitucional – no que concerne a contrato entre órgãos – haverá de ser considerado como não escrito e tido como um momento de supina infelicidade em nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura, pois não há acrobacia exegética que permita salvá-lo e lhe atribuir um sentido compatível com o que está na própria essência do Direito e das relações jurídicas.

Contratos de gestão entre o Estado e as "organizações sociais"

104. Contratos de gestão com as "organizações sociais" – entidades das quais se tratará no tópico seguinte – são, como dito, contratos radicalmente distintos dos que foram dantes tratados. É que neles não entra em pauta qualquer ampliação de competências de entidades estatais, pois são vínculos jurídicos travados com *pessoa de Direito Privado alheia ao aparelho estatal.*

Seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente "contratos administrativos", figura jurídica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão – como é corrente no Direito Administrativo – um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado.

Todo questionamento que possa caber – e cabe, diga-se, desde já – não diz respeito à viabilidade de um contrato entre Estado e um terceiro, mas a alguma particularidade de disciplina que se lhe queira outorgar. No caso, o tema se propõe porque a lei disciplinadora das "organizações sociais" pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.

O tema, portanto, melhor se examinará verificando-se o que são organizações sociais e como se prevê que poderão travar ditos contratos com o Estado.

Organizações sociais

105. "Organizações sociais", como resulta da Lei 9.637, de 15.5.1998,[64] são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão,[65] desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º) e a pessoa atenda a determinados requisitos formais óbvios e preencha alguns poucos requisitos substanciais,[66] travando contrato de gestão com o Poder Público. En-

64. As organizações sociais, ao que parece, foram pela primeira vez mencionadas no Decreto 2.172, de 5.3.1997 (ulteriormente revogado pelo Decreto 3.048, de 6.5.1999), que aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, art. 206, o qual prevê que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderá firmar convênio, contrato ou acordo com "organizações sociais", sem que haja qualquer esclarecimento sobre o que se deveria entender como tal. Em 9.10.1997 surge a MP 1.591, regulando a matéria. Já no dia posterior é editado um decreto, de n. 2.344, que institui o processo de inventário de entidades estatais em extinção a serem transformadas em "organizações sociais". A medida provisória mencionada é reeditada mais cinco vezes, e a partir daí substituída pela MP 1.648-6, de 24.3.1998, a qual, de seu turno, é reiterada até se converter na Lei 9.637, que tem o mesmo conteúdo das sucessivas medidas provisórias, com ressalva do art. 15 delas, o qual foi suprimido. Nele se estabelecia dispensa de licitação para a Administração Federal contratar os serviços das "organizações sociais". Nem pensar que tal dispositivo foi suprimido por razões de moralidade administrativa. Seria esperar demais. Simplesmente a dispensa em questão já agora passou a constar da própria Lei de Licitações (n. 8.666), como um item novo (inciso XXIV) acrescentado ao art. 24 pela Lei 9.648, de 27.5.1998, cujo arrolamento de casos de dispensa não cessou de crescer ao longo do período de governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso.

65. A lei em questão menciona o Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, mas este Ministério foi extinto pela MP 1.795, de 1.1.1999, sendo suas competências absorvidos pelo hoje Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e contemplado na Lei 10.683, de 28.5.2003.

66. São os seguintes os dispositivos que enunciam os requisitos para que uma entidade que pretenda qualificar-se como "organização social" possa vir a ser agraciada:

"Art. 2º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação; b) finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades; c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei; d) previsão de participação, no órgão colegiado

tre estes requisitos substanciais devem ser salientados: não ter fins lucrativos; ter como órgão superior um Conselho de Administração, com atribuições normativas e de controle (arts. 2º, I, "c", e 3º), em cuja composição 50% dos membros deverão estar repartidos entre representantes do Governo (que serão pelo menos 20%, até 40% do total) e representantes de entidades da sociedade civil, *definidos no Estatuto* (cuja participação também não poderá ser inferior a 20%, nem superior a 30%), e firmar contrato de gestão com o Poder Públi-

de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral; e) composição e atribuições da diretoria; f) obrigatoriedade de publicação anual, no *Diário Oficial da União*, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto; h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados; II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

"Art. 3º. O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I – ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto; II – os membros eleitos ou indicados para compor o conselho devem ter mandato de 4 (quatro) anos, admitida uma recondução; III – os representantes de entidades previstos nas alíneas 'a' e 'b' do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do conselho; IV – o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de 2 (dois) anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto; V – o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto; VI – o conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, 3 (três) vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo; VII – os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem; VIII – os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas."

co. Este último traço não foi formulado diretamente, mas parece indispensável, condicional à sua qualificação, em face dos arts. 2º, "f", 4º, II, e 5º e ss.

Uma vez qualificada como "organização social" e tendo travado contrato de gestão – que será "elaborado de comum acordo" entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, responsabilidades e obrigações (art. 6º) –, a pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia (art. 12, § 3º), não havendo restrição alguma a que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários (art. 12) e de servidores públicos que lhe serão cedidos a expensas do erário público (art. 14)! Caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução, verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade (art. 7º, I, c/c art. 8º). Constatado o descumprimento do contrato de gestão, o Poder Público poderá, assegurado prévio processo administrativo com a garantia de ampla defesa, desqualificar a entidade como organização social (art. 16).

O Poder Público, sob o título paradoxal de "Programa Nacional de Publicização", mediante decreto do Poder Executivo, estabelecerá diretrizes e critérios para qualificar organizações sociais que absorverão (por certo mediante contrato de gestão) as atividades de órgãos e entidades públicas a serem extintos (por lei, visto que de outro modo seria impossível) e cujas atribuições sejam as mencionadas no art. 1º da lei, isto é, os *serviços públicos* ali referidos.

106. Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.

O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis,[67] recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, *não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área* (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) *e do Ministro da Administração* (Ministério que já não mais existe, por força da MP 1.795, de 1.1.1999,

67. Na verdade, em alguns casos tratar-se-á de receber todo o acervo de uma entidade pública, que é certamente o que sucederá na hipótese de absorver alguma delas.

hoje 2.216-37, de 31.8.2001, e cujas atribuições passaram para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão,[68] inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de "organização social". Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie.

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).

107. Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.1993) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.

68. Conforme exigidos na Lei de Licitações, Lei 8.666, de 21.6.1993, a teor de seus arts. 27 e ss.

Seja como for, o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de discrição não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade (que também se impõe às leis, como bem o demonstra Carlos Roberto Siqueira Castro[69]).

108. Já, no caso em que se pretenda promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, irrompe uma aberrante ofensa ao art. 175 da Constituição, segundo o qual "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos". Demais disto, cumpre tomar tento para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é "dever do Estado" e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.

109. Anote-se que, como os serviços em questão não são privativos do Estado, não entra em pauta o tema da concessão de serviços públicos, que só tem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos particulares, mas exclusiva do Estado. Aliás, se entrasse, seria obrigatória a aplicação do art. 175 da Constituição Federal, que estabelece que tanto a concessão como a permissão serão "sempre" precedidas de licitação.

Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos *insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão*. Logo, como sua prestação se constitui em "dever do Estado", conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de "adjudicá-los" a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.

Ademais, independentemente disto, como é óbvio, também não podem – o que já se sublinhou – receber bens públicos, dotações

69. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um *processo regular* em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses, cuja habilitação patrimonial, financeira e técnica seja previamente comprovada, assegurando-se *direito de recurso* contra a decisão dos Ministros outorgantes. A ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de "graça", uma outorga imperial resultante tão só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado moderno.

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais comezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

110. *Isto posto, não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou que venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.1998, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas em ações populares (Lei 4.717, de 29.6.1965) e a que os responsáveis por tais atos de benemerência com recursos públicos, tanto quanto os beneficiários deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada lei).*

Organizações da sociedade civil de interesse público

111. Tal figura, como dito, foi introduzida pela Lei 9.790, de 23.3.1999. De acordo com ela, tal qualificativo é atribuível, *vinculadamente*, a pessoas jurídicas de Direito Privado requerentes, para fins de habilitá-las a firmar *termos de parceria* com o Poder Público, com o qual se credenciam a receber recursos ou bens públicos empenhados neste vínculo cooperativo entre ambos, desde que tais pessoas:

a) não tenham fins lucrativos,

b) sejam prepostas a determinadas atividades socialmente úteis (arroladas no art. 3º, quais, *e.g.*, assistência social, combate à pobreza, promoção gratuita da saúde, da cultura, da cidadania, dos direitos humanos etc.);

c) não estejam inclusas no rol das impedidas (listadas no art. 2º, como, por exemplo, sociedades comerciais, organizações sociais, instituições religiosas, cooperativas, sindicatos e entidades criadas pelo Governo); e

d) consagrem em seus estatutos uma série de normas (preestabelecidas no art. 4º) sobre estrutura, funcionamento e prestação de contas.

Distinguem-se das "organizações sociais", entre outros pontos relevantes, pelos seguintes: a) a atribuição do qualificativo não é, como naquelas, discricionária, mas vinculada e aberta a qualquer sujeito que preencha os requisitos indicados; não prevê o trespasse de servidores públicos para nelas prestar serviço; b) não celebram "contratos de gestão" com o Poder Público, mas "termos de parceria", conquanto, tal como neles, seja especificado um programa a cumprir, com metas e prazos fiscalizados, além da obrigação de um relatório final, o que os faz mais distintos, entre si, pelo nome que pelo regime; c) os vínculos em questão não são condicionantes para a qualificação da entidade como tal, ao contrário do que ocorre com as "organizações sociais"; d) o Poder Público não participa de seus quadros diretivos, ao contrário do que ocorre naquelas; e e) o objeto da atividade delas é muito mais amplo, compreendendo, inclusive, finalidades de benemerência social, ao passo que as "organizações sociais" prosseguem apenas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Organização da Sociedade Civil

112. Finalmente, a Lei 13.019, de 31.7.2014, criou uma figura, a "organização da sociedade civil", expungida dos defeitos dantes apontados, isto é liberta das arbitrariedades e favoritismos ou inconstitucionalidades escandalosos ensejados pelas anteriores.

Para os fins desta Lei, que, aliás, *só entra em vigor em outubro de 2017*, considera-se organização da sociedade civil: a pessoa jurídica

de direito privado, sem fins lucrativos, que não distribui a seus agentes qualquer proveito econômico auferido no exercício de sua atividade, constituída, após chamamento público, em regime de cooperação voluntária com entidade governamental, *para a consecução de finalidades de interesse público* com ou sem transferência de recursos, mediante termos de colaboração ou de fomento, conforme oriundos de proposta feita, respectivamente, pelo Poder Público ou pela própria pessoa interessada.

As definições resultantes desta lei não interferem com as atinentes às do contrato de gestão e do termo de parceria, respectivamente, conforme estabelecidas nas Leis 9.637, de 15.5.1998 (organizações sociais), e 9.790 de 27.3.1999 (organizações das sociedades civis de interesse público e termos de parceria).

Suas disposições não se aplicam aos contratos de gestão, *mas aplicam-se, no que couber, às relações da Administração com entidades qualificadas como organizações* da sociedade civil de interesse público, regidas por termos de parceria.

A lei pretende, ao invés do conhecido instituto da licitação, adotar o que designou como procedimento público para selecionar a organização da sociedade civil com a qual firmar parceria. Este seria um procedimento similar à licitação, com obediência aos mesmos princípios, cujo edital deverá especificar, conforme art. 24, § 1º, no mínimo: I – a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria; II – o tipo de parceria a ser celebrada; III – o objeto da parceria; IV – as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; V – as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso; VI – o valor previsto para a realização do objeto; VII – a exigência de que a organização da sociedade civil possua: a) no mínimo, 3 anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica-CNPJ; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

Conforme o art. 27, § 1º, as propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada, nos termos da lei. A teor do art. 28, somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a Administração Pública procederá à verifi-

cação dos documentos que comprovem o atendimento, pela organização da sociedade civil selecionada, dos requisitos previstos no inciso VII do § 1º do art. 24.

A Administração Pública, consoante seu art. 30, poderá dispensar a realização do chamamento público: I – no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida à ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame; II – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei 12.101, de 27.11.2009; III – quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança.

Segundo o art. 31 da lei, será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade do chamamento público, a ausência de realização de processo seletivo será detalhadamente justificada pelo administrador público (art. 32 da lei).

Capítulo V

SERVIDORES PÚBLICOS

I. Agentes públicos. II. Classificação dos agentes públicos. III. Os servidores estatais na Constituição: titulares de cargos e ocupantes de empregos. IV. Natureza da relação jurídica entre os titulares de cargos e o Poder Público. V. Natureza da relação jurídica entre os ocupantes de emprego e as entidades governamentais. VI. Âmbito de aplicação do regime de emprego e do regime de cargo. VII. Objeto das normas constitucionais sobre pessoal. VIII. Normas de contenção de despesas com os servidores estatais. IX. Normas relativas à remuneração dos servidores e de agentes políticos. X. Normas constitucionais sobre o regime jurídico dos servidores estatais (titulares de cargos ou empregados). XI. Regime constitucional dos servidores públicos titulares de cargos. XII. Os cargos públicos. XIII. O provimento em cargo público: conceito e formas. XIV. Direitos e vantagens dos servidores públicos estatutários. XV. Deveres e responsabilidades dos servidores públicos estatutários. XVI. Sindicância e processo administrativo. XVII. Limites ao poder de emendar a Constituição e a situação dos atuais servidores.

I. Agentes públicos

1. Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero "agentes públicos". Para bem distinguir tal espécie, apartando-a claramente das demais, é útil, primeiramente, examinar o panorama dentro do qual ela se encarta. É o que se fará apresentando o amplo quadro compreensivo das variedades tipológicas de agentes por meio dos quais o Estado se manifesta.

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

2. Dentre os mencionados, *alguns integram o aparelho estatal*, seja em sua estrutura direta, seja em sua organização indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais). *Outros não integram a constelação de pessoas estatais*, isto é, são alheios ao aparelho estatal, permanecem exteriores a ele (concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviços). Todos eles, entretanto, estão sobre um denominador comum que os radicaliza: são, ainda que alguns deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes.

Dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem *objetiva*, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem *subjetiva*: a investidura nela.

De passagem, anote-se que o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, só por só, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do "funcionário de fato" (ou "agente público de fato"). "Funcionário de fato" é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem a aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.[1]

1. Colacionando lições de Fernando Henrique Mendes de Almeida (in *Contribuição ao Estudo da Função de Fato*, São Paulo, Saraiva, 1957, pp. 59 a 71), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello dá notícia da antiguidade do entendimento sobre a va-

Por outro lado, uma vez invalidada a investidura do funcionário de fato, nem por isto ficará ele obrigado a repor aos cofres públicos aquilo que percebeu até então. Isto porque, havendo trabalhado para o Poder Público, se lhe fosse exigida a devolução dos vencimentos auferidos haveria um enriquecimento sem causa do Estado, o qual, dessarte, se locupletaria com trabalho gratuito.

3. A noção de agente público não é construção sistemática de caráter meramente acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo. Com efeito, é ela que deve ser tomada como ponto de partida – e não o conceito de servidor público ou funcionário público – para o subsequente reconhecimento de quem pode ser caracterizado como sujeito passivo de mandado de segurança ("autoridade"). Deveras, quem pôde ou teve que manejar poderes correlatos ao exercício de uma função pública há de ter seus atos contrastados judicialmente pelas mesmas vias instituídas como prestantes para o controle dos atos estatais.

Bem por isto, é natural que seja impetrável segurança contra diretor de Faculdade particular reconhecida com relação a atos que digam respeito à sua atividade ordenadora ou decisória de ensino. De igual modo, os titulares de serviços notariais ou de registro, conquanto conservem sua qualidade de particulares (art. 236 da Constituição), estranhos, pois, ao conceito de funcionário ou de servidor público, podem ser sujeitos passivos de mandado de segurança, posto que agem como delegados de função pública.

O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como "autoridade" no que concerne a *atos expedidos para cumprimento de normas de Direito Público* a que tais entidades estejam obrigadas, como, *e.g.*, os relativos às *licitações públicas que promovam*.

A responsabilidade do Estado (ainda que às vezes apenas subsidiária) é suscitável por atos destes agentes, já que a entidade estatal não pode ser alheia a danos causados por quem atuou munido de

lidade dos atos do funcionário de fato, ao relatar que Barbário Filipe, escravo fugitivo – situação, esta, que obviamente não deu a conhecer –, pediu e obteve a função de pretor em Roma. Vindo, depois, a ser descoberto, seus atos dantes praticados como pretor foram considerados válidos no Direito dos Imperadores (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 280 e 281).

atribuições ou poderes oriundos da esfera pública. Não é de estranhar, pois, que a Constituição submeta aos mesmos critérios de responsabilidade estatal as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, como se depreende do art. 37, § 6º.

A noção de agente público é prestante também por abranger todos os sujeitos apontados nas Leis 4.898, de 9.12.1965, e 8.429, de 2.6.1992, as quais cuidam de sanções aplicáveis aos praticantes de atos de "abuso de autoridade" ou atos de "improbidade administrativa", respectivamente. Esta última – a de n. 8.429 –, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências".[2]

II. Classificação dos agentes públicos

4. Visto o conceito de agente público e mencionada a variedade de sujeitos compreendidos sob tal rótulo, cumpre indicar as várias categorias em que se agrupam, na conformidade da esplêndida sistematização proposta pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[3] com algumas adaptações, notadamente em vista do atual Texto Constitucional. Os agentes públicos podem ser divididos em quatro grandes grupos, dentro nos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. A saber: a) *agentes políticos*; b) *agentes onoríficos*; c) *servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*; e d) *particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.*

a) Agentes políticos

5. *Agentes políticos* são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do

2. Sobre o tema são fundamentais as obras *Improbidade Administrativa*, de Francisco Otávio Almeida Prado (São Paulo, Malheiros Editores, 2001), e *Probidade Administrativa*, de Marcelo Figueiredo (6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009).

3. "Teoria dos servidores públicos", *RDP* 1/40 e ss., julho-setembro/1967, e *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 277 e ss.

Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.

6. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado *não é de natureza profissional*, mas de *natureza política*. Exercem um *munus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade.

A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba procedente oposição às alterações supervenientes, *sub color* de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras.

b) Agentes honoríficos

7. De par com os agentes políticos, outros há que também se ligam ao Estado, sem vínculo profissional, em razão da qualidade de cidadãos, mas, diversamente dos anteriores, não ocupam cargos políticos próprios da condução suprema da vida das entidades governamentais. São os agentes honoríficos, os quais são livremente designados para compor comissões técnicas em razão de sua presumida elevada reputação e conhecimentos em certas matérias. Sirvam de exemplo os providos como membros do Conselho da República, na forma do art. 89, VI, da Constituição Federal, ou do Conselho de Comunicação Social, contemplado no art. 224 do mesmo diploma, com integrantes escolhidos consoante o previsto no art. 4º da Lei 8.389, de 30.12.1991, e o Conselho Nacional de Educação, composto a teor do art. 8º da Lei 9.131 de 24.11.1995. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, referindo-se a eles, depois de anotar que, diversamente dos cargos políticos, que, normalmente, exigem grande assiduidade e dedicação e que são remunerados, anotou: "Já os cargos honoríficos não exigem de seus titulares que se consagrem principalmente a eles, visto que os seus serviços são levados a efeito, de intervalos a intervalos de tempo, em certas e determinadas ocasiões, por horas restritas de atividade, para o seu desempenho, quando chamados por ór-

gãos competentes. Por essa razão, os cargos públicos honoríficos, de regra, são gratuitos, percebendo, apenas, em alguns casos, os agentes públicos, por sessão realizada, certa importância a título de indenização. É o 'jeton'".[4]

c) Servidores estatais

7A. A designação *servidores estatais* – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência.*

Com efeito, a designação "servidor público", já hoje, tem alcance mais restrito do que dantes. Não mais é adequada para abarcar também os empregados das entidades da Administração indireta de *Direito Privado*, porquanto, sob a rubrica constitucional "Dos Servidores Públicos" (que substituiu, desde o "Emendão", Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, a rubrica "Dos Servidores Públicos Civis"), é visível que só estão considerados os integrantes de cargo ou emprego nas *pessoas jurídicas de Direito Público.* Assim, na atualidade, o *nomen juris* "servidor público" é uma espécie do gênero "servidores estatais".

Entre os *servidores estatais* são reconhecíveis os seguintes dois grupos: 1) *servidores públicos*; e 2) *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado.*

Servidores públicos: conceito e espécies

8. Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais, *integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração in-*

4. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Forense, 1954, n. 29.1, p. 290.

direta relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*.

Compreendem as seguintes espécies:

a) *Servidores titulares de cargos públicos* na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo.

b) *Servidores empregados das pessoas suprarreferidas*. Aí se incluem servidores que se encontrem sob vínculo empregatício por uma dentre as seguintes razões:

b.1) haverem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas (quais as de artífice, servente, motorista, jardineiro, mecanógrafo etc.), o que, como ao diante se demonstrará, é constitucionalmente possível, embora não desejável.

Não se ignora que foram admitidas levas de servidores sob regime de emprego para funções diversas das indicadas e que não comportariam dito regime. É que, a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, foi alterado o art. 39 da Constituição, que previa o chamado regime jurídico único (o qual – presumia-se, então – deveria ser o de cargo público). Assim, suprimida que foi a referência a tal regime, surgiu o entendimento de que, quando a lei o desejasse, poderia criar empregos e adotar-lhes o correspondente regime, do que resultaram muitas admissões para empregos públicos. Anote-se que, *hoje*, por força de medida liminar deferida na ADI 2.135-4, em 2.8.2007, publicada no *DOU* de 14 do mesmo mês, foi suspensa a eficácia do art. 39, *caput*, na redação nova dada pela referida EC 19, até julgamento final desta ação, voltando dessarte a vigorar, conquanto com efeitos *ex nunc*, a redação anterior *impositiva de regime jurídico único*.

Cite-se, a guisa de exemplo, a Lei 9.986, de 18.7.2000, que inconstitucionalmente estabeleceu o regime de emprego público para o pessoal das "agências reguladoras", entidades nas quais justamente seria indispensável que seus servidores desfrutassem das garantias próprias do regime de cargo, estatutário. Foi este mesmo o entendimento do eminente Min. Marco Aurélio ao suspender liminarmente, em despacho lapidar proferido na ADI 2.310-1-DF, em 19.12.2000, o art. 1º da citada lei (entre outros), precisamente por entender que, em razão da natureza das atividades que lhes são afetas, dito regime

só poderia ser o estatutário. Conforme já anotamos no Capítulo IV, n. 18 (ao qual ora nos remetemos), a citada Lei 9.986 foi alterada pela Lei 10.871, de 20.5.2004;

b.2) remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego;[5]

b.3) contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime jurídico específico previsto na Lei 8.745, de 9.12.1993.

Servidores das pessoas governamentais de Direito Privado

9. *São os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público*, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob regime trabalhista.

d) Particulares em colaboração com a Administração

10. Esta terceira categoria de agentes é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) –, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico.

Na tipologia em apreço reconhecem-se:

a) *requisitados* para prestação de atividade pública, quais os jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos quando

5. Ditos servidores, ainda que estabilizados pelo art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias, deveriam permanecer nesta situação – caso em que haveriam de ser incluídos em um "quadro em extinção" – até que, na forma do § 1º do mesmo artigo, viessem a obter suas "efetivações", mediante concurso público, o que é *conditio sine qua non* para que sejam integrados em cargos públicos. Na órbita federal, entretanto, por força do art. 243 e § 1º da Lei 8.112, de 11.12.1990, todos os empregados da Administração direta, das autarquias e fundações de Direito Público que estavam sob regime de emprego foram inconstitucional e escandalosamente incluídos em cargos públicos sem concurso algum e, até mesmo, sem que se fizesse acepção entre estabilizados e não estabilizados, pelo art. 19 das aludidas Disposições Transitórias. Há, em curso, uma ADI, de n. 2.968/2003, requerida pelo Procurador-Geral da República, arguindo a inconstitucionalidade do art. 243.

das eleições, recrutados para o serviço militar obrigatório etc. Estes agentes exercem um *munus* público;

b) os que *sponte propria* assumem a gestão da coisa pública como "gestores de negócios públicos", perante situações anômalas, para acudir a necessidades públicas prementes;

c) *contratados por locação civil de serviços* (como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante Tribunais);

d) *concessionários e permissionários de serviços públicos*, de que trataremos no Capítulo XII;

e) *delegados de função ou ofício público*, que se distinguem de concessionários e permissionários em que a atividade que desempenham não é material, como a daqueles, mas é jurídica. É, pois, o caso dos titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como notários e registradores, *ex vi* do art. 236 da Constituição, e, bem assim, outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas.

Anote-se que cada "serviço" notarial ou registral, constitui-se em um plexo unitário, e *individualizado*, de atribuições e competências públicas, constituídas em organização técnica e administrativa, e especificadas quer pela natureza da função desempenhada (serviços de notas e de registros), quer pela área territorial onde são exercidos os atos que lhes correspondem.

Inobstante estejam em pauta atividades públicas, por decisão constitucional explícita elas são exercidas em *caráter privado* por quem as titularize, como expressamente o diz a Constituição no artigo referido.

Tal titularização procede, consoante igualmente explícita dicção constitucional, de um ato de "delegação". A delegação – justamente por sê-lo – não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, com um ato meramente recognitivo de atributos pessoais para o desempenho de funções de tal gênero. Dita habilitação (aferida no concurso público que a precede, cf. § 3º do art. 236 da CF e que, demais disto, aponta o melhor dos candidatos) é apenas um pressuposto da investidura nas funções em causa.

A delegação, propriamente dita, *é ato sucessivo ao concurso* e seu alcance, seu significado, é precisamente o de adjudicar um determinado "serviço" (em rigor, o exercício dele) – ou seja, aquela

unidade que o substancia – à cura de um dado sujeito. Aliás, uma vez efetuada, "os notários e oficiais de registro (...), só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei" (art. 28 da Lei federal 8.935, de 18.11.1994, regulamentadora do art. 236 da CF), isto é, por "I – sentença judicial transitada em julgado; ou II – decisão decorrente de processo administrativo assegurada ampla defesa" (art. 35), bem como nos casos de morte, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia e, conforme o inc. VI do art. 39, da violação da gratuidade estabelecida pela Lei 9.534, de 10.12.1997.

Este corresponde ao provimento da serventia, efetuável pelo Poder Executivo, em sucessão a concurso público – e não pelo Poder Judiciário – o qual tem na matéria outros cometimentos: os de fiscalização do desempenho da atividade notarial ou registral, sempre tudo como resulta do art. 236 da Constituição.

As serventias não são criadas pelo ato de delegação, nem são suprimidas nas hipóteses em que esta se extingue. Pelo contrário: as serventias antecedem a possibilidade de delegação e persistem existindo mesmo depois de cessada uma dada delegação feita a alguém para exercer a titularidade da serventia, pois têm de haver sido antes regularmente criadas – tal como em Direito se criam os centros públicos de atribuições – e nesta mesma conformidade se extinguem, por igual processo, segundo o princípio geral da correlatividade de forma. Aliás, isto está claríssimo na Lei 8.935, tanto que esta distingue hipóteses de extinção *da delegação* e extinção *da serventia*. Assim, o art. 39 arrola os casos de extinção da delegação, prevendo que, neste caso, enquanto "vago" o "serviço" e não implementado o concurso para preenchê-lo, será designado substituto para responder por ele. Já o art. 44, perante o caso de "*impossibilidade absoluta*" de preenchê-lo, por desinteresse ou inexistência de candidatos ao concurso público a tanto destinado, estabelece que, em tal hipótese, "o juízo competente proporá à autoridade competente a *extinção do serviço* e anexação de suas atribuições *ao serviço da mesma natureza mais próximo* ou àquele localizado na sede do respectivo Município ou de Município contíguo".

Aliás, ao cogitar do preenchimento das "vagas" em "serventias", que deverá ser feito alternadamente, duas terças partes por concurso público e uma terça parte por promoção, a teor do precitado art. 16 da Lei 8.935, seu parágrafo único expressamente indica que, para estabelecer o critério de preenchimento, tomar-se-á por base a data da vacância da "titularidade", ou, quando vagas na mesma época, "aquela da *criação do serviço*".

Cumpre, então, indagar como surgem, isto é, como aparecem e como desaparecem no universo jurídico tais "serviços", também nominados de "serventias", expressões estas, ambas, utilizadas na Carta Magna e no regramento infraconstitucional expedido em sua obediência, os quais – diga-se de passagem – servem-se desta última nomenclatura no § 3º do art. 236 da CF e nos arts. 16, 22, 28, 29, I, 30, I, e nos §§ 1º e 2º do art. 36 da Lei 8.935.

O modo como surgem e como se extinguem, evidentemente, é o mesmo pelo qual se criam e extinguem os feixes unitários de competências públicas, isto é, os segmentos em que se partilha o poder estatal; a saber: *por lei*.

De fato, excluídas as disposições residentes na própria Constituição, é no Poder Legislativo que reside a força inaugural na ordem jurídica, ou seja, a criação primária do Direito. Judiciário e Executivo são órgão aplicadores do Direito; o primeiro, ante relações controvertidas e sob provocação e o segundo "de ofício" (administrar é aplicar a lei "de ofício", disse Seabra Fagundes).[6] Quando Judiciário ou Legislativo exercem atividade administrativa, seguem o mesmo parâmetro do Executivo.

Sendo certo e sabido que é por lei que se especificam os plexos de competências públicas, os feixes de atribuições para o desempenho de misteres públicos, resulta óbvio e de meridiana obviedade que os *serviços notariais e de registro só se criam por lei e, correlatamente, por lei é que se extinguem.*

Completado o panorama dos agentes públicos, será possível, então, com maior embasamento, proceder à consideração dos servidores públicos e de sua *espécie principal*, os *titulares de cargo público*, que a legislação federal denomina de *servidores públicos civis*, na conformidade da designação que lhes era dada pela Constituição antes da sobrevinda da Emenda Constitucional 19, posto que é sobretudo destes últimos que convém fazer um exame mais detido.

III. Os servidores estatais na Constituição: titulares de cargos e ocupantes de empregos

11. Em despeito de a Constituição brasileira, já em sua redação original, mencionar "regime jurídico único", em diversas passagens, refere-se tanto a *cargos* quanto a *empregos*. Portanto, cogita de servi-

6. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*, 5ª ed., Forense, 1979, pp. 4-5.

dores titulares de cargo e servidores ocupantes de emprego (os arts. 51, IV, 52, XIII, e 61, § 1º, II, "a", mencionam "empregos", e o art. 114 também os pressupõe, tanto na Administração direta quanto na indireta), o que configura uma bifurcação fundamental, da qual se falará mais além. Sem embargo, o regime normal do servidor público, como a breve trecho melhor se dirá, indubitavelmente é o de *cargo* e não de *emprego*. Inúmeras vezes, em paralelismo com cargos e empregos, a Lei Magna fala, ainda, em "funções" (públicas), tomando a palavra em um sentido restrito,[7] isto é, como designativo de uma forma específica de relacionamento dos titulares de cargo com o Poder Público.

Convém, pois, aclarar o significado de *cargo*, *função* e *emprego*.

a) Cargos públicos

12. Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas por lei*, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.[8]

7. É o caso dos arts. 14, § 9º; 28, § 1º; 37, I, V, XI, XVII e §§ 3º, III, e 4º; 38, I, II e III; 40, § 4º; 42, § 4º; 48, X; 51, IV; 52, XIII; 54, I, "b", e II, "b"; 61, § 1º, II, "a"; 95, parágrafo único, I; 142, § 3º, III; e 169, §§ 1º e 6º.

8. A criação de cargos auxiliares do Legislativo, a teor dos arts. 51, IV, e 52, XIII, é de competência privativa da Câmara ou do Senado, conforme o caso; isto é, *independe de participação do Executivo*. Faz-se por resolução, e não por lei, já que na elaboração desta há necessariamente interferência do Executivo, através da "sanção" ou do "veto", conquanto este último seja superável por votação de maioria qualificada do Legislativo. A razão dos dispositivos em questão, pois, seria e era, até o advento do "Emendão", assegurar a independência do Legislativo, propiciando-lhe que se instrumentasse, conforme lhe parecesse adequado, ao cumprimento de suas funções, já que, a toda evidência, o bom desempenho delas está relacionado com o apoio de seus serviços auxiliares. Pretendia-se, então, evitar interferências do Executivo na matéria, para que este não tivesse forma de tentar amesquinhar os recursos humanos necessários ao Legislativo ou meios de impor "barganhas" quanto a isto. Desde o "Emendão", contudo, com a mudança da redação dos preceptivos mencionados, estes se tornaram puramente rituais. É que a *fixação dos vencimentos de tais cargos*, condição para que possam de fato existir e ser preenchidos, *depende de lei*. Assim, os fautores do "Emendão" e os congressistas que docilmente votaram a alteração dos arts. 51, IV, e 52, XIII, eliminaram o único sentido dos versículos referidos, em detrimento da autonomia do Poder Legislativo e em favor de sua notória e crescente submissão ao Executivo.

Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não contratual. Suas características serão esclarecidas a breve trecho.

b) Funções públicas

13. *Funções públicas* são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por *titular de cargo efetivo*, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos *servidores de carreira*, cujo mínimo será fixado por lei.[9]

c) Empregos públicos

14. *Empregos públicos* são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Embora se trate de lei volvida à Administração federal, este conceito, parece-nos, é aplicável a todas as esferas de governo. Quando se trate de empregos permanentes na Administra-

9. Estas funções, às quais são atribuídas gratificações, representam na prática do serviço público uma importante válvula para desmandos. É que, por agregarem acréscimos aos vencimentos, seus beneficiários, algumas vezes, para as conservarem, evitam tomar providências ou emitir pareceres que possam desagradar os agentes políticos que nelas os investiram e podem desinvesti-los com liberdade a qualquer tempo. Dessarte, há risco de se tornarem coadjuvantes ou autores de providências incorretas, gravosas ao interesse público ou até mesmo à moralidade administrativa quando nelas esteja empenhado quem os nomeou. Assim, embora se trate de um instituto necessário, deveria ser legislativamente previsto com grande cautela e parcimônia, ao menos quando relativas a funções de assessoramento. Quanto menor o número destas funções e, também, diga-se de passagem, de cargos em comissão, menores serão as possibilidades de os grupos políticos manipularem a Administração Púbica em prol de interesses alheios à seriedade administrativa.

ção direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, "a".

Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos *contratos trabalhistas* em geral; portanto, a *prevista na Consolidação das Leis do Trabalho*.

15. Nas *pessoas de Direito Público* (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos. Nas pessoas de Direito Privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos.

Feitas estas anotações sobre o que é *cargo* e o que é *emprego*, cumpre examinar a natureza jurídica das relações com o Poder Público que decorrem da titularização de cargo, assim como a das relações que decorrem de emprego.

IV. Natureza da relação jurídica entre os titulares de cargos e o Poder Público

16. A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, – ao contrário do que se passa com os empregados –, não é de índole contratual, mas estatutária, institucional.

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar *de imediato* o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam integralmente, *de imediato*, ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual, o que, todavia, não significa que inexistam direitos adqui-

ridos no curso de relação estatutária. Basta que se preencham seus pressupostos de aquisição, os quais, sem embargo, não irrompem do mesmo modo que em uma relação contratual trabalhista.

Assim, *e.g.*, se o adicional por tempo de serviço a que os servidores públicos *federais* faziam jus, de 1% por ano de tempo de serviço, por força do art. 67 da Lei 8.112, viesse a ser extinto, como o foi pela inconstitucional MP 1.909-15, de 29.6.1999, hoje 2.225-45, de 4.9.2001,[10] os que já houvessem completado este período continuariam a perceber os acréscimos aos vencimentos que deles houvessem resultado, por já haverem perfazido o necessário à aquisição do direito *quanto às sobreditas parcelas*; contudo, a partir da lei extintiva não mais receberiam novos acréscimos que lhes adviriam dos anuênios sucessivamente completados. Se, pelo contrário, a relação fosse contratual fariam jus, desde o travamento do vínculo e enquanto durasse a relação de emprego, aos acréscimos em questão ainda que o benefício viesse a ser ulteriormente suprimido, pois o direito em causa estaria adquirido e, pois, assegurado *desde a formação da avença*. Vale dizer: dita extinção só produziria efeitos, isto é, só elidiria a percepção do referido benefício, em relação aos que fossem contratados *após a extinção destes acréscimos, já que seus contratos não mais os previeriam.*

De outro lado, a Constituição e as leis outorgam aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias tendo em vista assegurar-lhes condições propícias a uma atuação imparcial, técnica, liberta de ingerências que os eventuais e transitórios ocupantes do Poder, isto é, os agentes políticos, poderiam pretender impor-lhes para obtenção de benefícios pessoais ou sectários, de conveniência da facção política dominante no momento.

V. Natureza da relação jurídica entre os ocupantes de emprego e as entidades governamentais

17. Sobre a natureza da relação entre Poder Público e seus empregados, já tendo sido esclarecido que é contratual e basicamente regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, nada é necessário dizer, bastando referir, como se fará mais além, as disposições cons-

10. Evidentemente, foi editada fora dos pressupostos estabelecidos no art. 62 da Constituição e reeditada inúmeras vezes, o que é outra inconstitucionalidade gritante, como qualquer um o sabe.

titucionais que, por dizerem respeito a *quaisquer* servidores públicos, introduzem particularidades no regime trabalhista aplicável aos empregados do Poder Público.

Cumpriria tão só lembrar que a Constituição assegura a todos os que estejam sob regime laboral um conjunto de direitos que a legislação necessariamente acolhe e que constam sobretudo do art. 7º.[11]

VI. Âmbito de aplicação do regime de emprego e do regime de cargo

18. A Constituição, antes do advento da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, dispunha no art. 39, *caput*, o seguinte: "*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas*".

A partir disto prosperou, com irrefragável força, a intelecção, que sempre sustentamos ser errônea, de que as pessoas jurídicas de direito público só poderiam adotar *um regime*, que veio a ser o de *cargo público*, banido então o regime de *emprego*. Sobrevindo a Emenda 19, o *caput* do art. 39 foi alterado e não se fez mais qualquer menção a *regime único*. Desde então surgiu o entendimento de que a lei poderia, se lhe parecesse bem, adotar o regime de emprego

11. Entre eles, merecem especial referência os seguintes: direito ao salário-mínimo fixado em lei; à irredutibilidade de salários, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; a seguro-desemprego, regulado na Lei 7.998, de 11.1.1990; a um fundo de garantia por tempo de serviço; a descanso semanal remunerado; a férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal; a que a jornada normal de trabalho não supere 8 horas diárias e 44 semanais; à remuneração do serviço extraordinário, isto é, excedente da jornada normal, pelo menos 50% superior à corrente; a adicional por trabalho penoso, insalubre ou perigoso, na forma da lei; a 13º salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá a indenização compensatória em tais casos; à licença-gestante, com a duração de 120 dias, com garantia de emprego e do salário; a aviso prévio para despedida, de 30 dias, no mínimo, garantido pagamento proporcional ao tempo de serviço, nos termos da lei; a seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, sem prejuízo de indenização por este devida em caso de dolo ou culpa; aposentadoria, nos termos do art. 201, § 7º, da Constituição; contagem recíproca de tempo de contribuição previdenciária na atividade privada e de serviço na Administração Pública Federal, estadual, distrital ou municipal (art. 201, § 9º, da Constituição). Além disto, fazem jus a benefícios previdenciários concernentes à seguridade social (arts. 194 e ss.).

para as mais diversas atividades da Administração direta, autárquica e fundacional.

Ocorre que, consoante dito, em 2 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada no dia 14 do mesmo mês, apreciando pedido de liminar na ADI 2.135-4 proposta pelo PT, PDT, PCdoB e PSB houve por bem suspender, até decisão final da ação, a eficácia da nova redação do *caput* do art. 39 introduzida pela referida Emenda, *por vício de tramitação*, restaurando, então, o art. 39 original, embora com efeitos *ex nunc*, como é próprio das medidas cautelares.

O resultado foi de 8 votos a 3, neles computados votos de três Ministros que já não integravam aquela corte: dois a favor da suspensão dos efeitos (Néri da Silveira, relator original, e Sepúlveda Pertence) e um contra sua suspensão (Nelson Jobim). Como se vê, o início do julgamento do próprio pedido de liminar ocorreu há já algum tempo e só se concluiu agora.

Dos que então integravam o Supremo Tribunal Federal votaram pela suspensão os Mins. Ellen Gracie, Eros Grau, Carlos Britto, César Peluso, Marco Aurélio e Celso de Mello e contra ela, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Não votaram Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, por serem ocupantes das vagas de dois ex-Ministros que haviam votado (Nelson Jobim e Néri da Silveira, respectivamente).

Uma vez que se afirmou e reiterou que podem existir cargos e empregos nas pessoas jurídicas de direito público, *mesmo existindo a previsão de regime jurídico único, agora restaurada*, cumpre responder a duas questões.

A primeira delas é: como se pode promover a convivência do art. 39, que prevê regime jurídico único, com o disposto nos precitados arts. 51, IV, 52, XIII, 61, § 1º, II, "a", e 114, que contemplam a existência também de empregos nas pessoas de direito público?

A conciliação destes dispositivos é possível desde que se entenda que o pretendido pelo art. 39 não foi estabelecer obrigatoriamente *um único regime para todos os servidores* da Administração direta, autarquias e fundações públicas, mas impor que a União e suas entidades da Administração indireta, Estados e suas entidades da Administração indireta e Municípios e suas entidades da Administração indireta tenham, nas respectivas esferas, uma uniformidade de regime para seus servidores. Ou seja: inadmite-se que quaisquer destas pessoas adotem para si um dado regime e atribuam à autarquia

tal, à autarquia qual ou à fundação tal, diferentes regimes, criando uma pluralidade deles como ocorria antes da Constituição de 1988. Deve haver, isto sim, um "regime jurídico único" na intimidade das diversas ordens de governo.

Em outras palavras: é possível (embora afigure-se-nos inconveniente) que as atividades básicas estejam sujeitas ao regime de cargo, isto é, estatutário, enquanto algumas remanescentes, de menor importância, sejam exercidas sob regime de emprego. Inversamente, não é possível haver diversidade de regimes entre Administração direta e as distintas pessoas das respectivas Administrações indiretas.

A segunda questão concerne a saber que atividades podem ser postas sob regime de emprego ao invés de regime de cargo, pois não se pode imaginar, por razões de logo esclarecidas, que seja indiferente a opção por um ou por outro.

19. Advirta-se desde logo que o problema está restrito ao universo dos servidores das pessoas de direito público, pois, é claro que o regime dos servidores de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações de Direito Privado acaso instituídas pelo Poder Público será necessariamente o *regime trabalhista*, e jamais o estatutário. Por serem *pessoas de Direito Privado, nelas não há cargos públicos, mas apenas empregos*. O regime estatutário só se aplica a ocupantes de cargos públicos. Além disto, no que concerne às referidas entidades estatais que sejam exploradoras de atividades econômicas existe expressa disposição constitucional estabelecendo regime trabalhista para seus servidores (art. 173, § 1º, II).

Já, para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público (ou seja: servidores das pessoas jurídicas de Direito Público), indubitavelmente, o *regime normal, corrente, terá de ser o de cargo público*, admitindo-se, entretanto, como ao diante se explicará, casos em que é cabível a adoção do *regime de emprego para certas atividades subalternas*.

Vejamos.

20. São as seguintes as razões pelas quais o regime normal dos servidores das pessoas de Direito Público terá de ser o estatutário, isto é, o próprio dos cargos públicos.

A Constituição, nos arts. 39 a 41, ao tratar dos "Servidores Públicos", empenhou-se em traçar, nos numerosos parágrafos e incisos que os compõem, os caracteres básicos de um regime específico,

distinto do trabalhista e tratado com amplitude.[12] *Certamente não o fez para permitir, ao depois, que tal regime fosse desprezado e adotado o regime laboral comum* (ainda que sujeito a certas refrações). Seria um contrassenso a abertura de toda uma "Seção", com minuciosa disciplina atinente aos ocupantes de cargo público, se não fora para ser este o regime de pessoal eleito com prioridade sobre qualquer outro.

Além disto, o § 3º do art. 39 determinou que aos servidores ocupantes de cargo público aplicar-se-iam determinados dispositivos do art. 7º, ou seja: concernentes à proteção dos trabalhadores em geral, urbanos e rurais, do país. Daí também se depreende a prevalência do regime de cargo, tido como o normal, o corrente. Com efeito, se o regime prevalente devesse ser o trabalhista, seria despicienda a aludida remissão e não estaria cifrada a alguns incisos do art. 7º, porque todos eles se aplicariam normalmente.

Finalmente, o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos da atuação do Estado.

Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, *para benefício de uma ação impessoal do Estado* – o que é uma garantia para todos os administrados –, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários – que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do país. A *estabilidade* para os concursados, após três anos de exercício, a *reintegração* (quando a demissão haja sido ilegal), a *disponibilidade remunerada* (no caso de extinção do cargo) e a *peculiar aposentadoria* que se lhes defere consistem em benefícios outorgados aos titulares de cargos, mas não para regalo destes e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público.

12. Normas específicas sobre aposentadoria, sobre estabilidade, sobre reintegração, disponibilidade e, além disto, referindo-se, em mais de uma passagem, a "cargo".

É dizer: *tais proteções representam, na esfera administrativa, função correspondente à das imunidades parlamentares na órbita legislativa e dos predicamentos da Magistratura, no âmbito jurisdicional.*[13]

13. É sabido que as Constituições, no interesse dos cidadãos em geral (e não dos senadores ou deputados em si mesmos considerados), têm estabelecido as chamadas "imunidades parlamentares", a fim de colocar o livre exercício dos mandatos populares a salvo de pressões ilegítimas que os coloquem em risco. Igualmente, no interesse dos cidadãos (e não da individualidade das pessoas dos juizes), têm sido assegurados os chamados "predicamentos da Magistratura", para garantir que os jurisdicionados sejam julgados por quem disponha de condições adequadas de isenção e independência. Assim também, na esfera do Executivo e da Administração Pública em geral, para garantia dos administrados, cumpria estabelecer um regime volvido a impedir ou dificultar que o corpo técnico administrativo do Estado pudesse ser manipulável como simples instrumento das conveniências pessoais ou político-sectárias dos governantes de turno. Ante os imensos poderes *in concreto* detidos pelo Executivo, é fácil perceber que o aparelho administrativo do Estado pode se revelar uma formidável potência para afetar benéfica ou destrutivamente a vida de cidadãos e de empresas, conforme se trate de amigos e correligionários ou inimigos e adversários, se os vínculos de trabalho ou a retribuição dos profissionais ocupantes dos cargos públicos ficarem à mercê dos agentes políticos ou governantes. Eis, pois, que as garantias dos servidores administrativos não são "privilégios" outorgados para desfrute pessoal de uma categoria de trabalhadores, mas são simplesmente o correlato, na esfera do Executivo, das imunidades parlamentares e dos predicamentos da Magistratura, existentes respectivamente no Legislativo e no Judiciário. São, a final, o meio indispensável para garantir, em favor dos cidadãos, o princípio da "impessoalidade" da Administração, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Foi isto mesmo que já há muitos anos deixamos averbado, nos seguintes termos: "(...) cumpre que este Estado, que este aparelho gigantesco, que esta máquina onipresente seja imparcial, seja neutra, caso contrário soçobrarão os objetivos do Estado de Direito. Ora, bem, para que esta máquina seja imparcial, seja neutra, é preciso que os agentes que a operam disponham de certas condições mínimas para cumprir as funções que lhes cabem dentro de um espírito de isenção, de neutralidade, de lealdade para com terceiros, de isonomia no trato com os administrados. Como seria isto possível se os agentes do aparelho estatal e basicamente do Poder Executivo não dispusessem de um estatuto jurídico, de um regime jurídico, que os garantisse, que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do Poder? Se esta máquina é hoje toda-poderosa e não existirem mecanismos propícios a uma atuação imparcial de seus operadores é claro que, através deles, ela poderá conduzir os destinos da Sociedade a seu bel-prazer. E poderá assegurar a continuidade dos ocasionais governantes, isto é, de seus mais altos propulsores, os quais, pelo princípio republicano, devem ser transitórios. Poderá assegurar a perpetuação dos que se hajam encastelado na cúpula do Executivo, ainda que através, simplesmente, de sucessores adrede preparados para tanto e que cumpram um interregno assecuratório da persistência do mesmo grupo – quase que como numa ciranda dos mesmos beneficiários do Poder. Só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos, pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito, prevenindo e impedindo o uso desatado do Poder em prol de facções que, mediante favoritismos e perseguições, se eternizariam no comando da Sociedade. Assim, segundo me parece, as disposições

21. Sem embargo, induvidosamente, a Constituição admite, na própria Administração direta, nas autarquias e fundações públicas, que certas atividades possam ser desenvolvidas sob regime de emprego. Com efeito, o art. 51, IV, estabelece que a Câmara disporá privativamente sobre "cargos, empregos e funções" de seus serviços; o art. 52, XIII, contém disposição idêntica ao mencionar a competência do Senado; o art. 61, § 1º, II, "a", atribui ao Presidente da República, na órbita do Executivo Federal, a privativa competência para a iniciativa das leis relativas à criação de "cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica", e o art. 114

constitucionais atinentes aos servidores públicos cumprem, acima de tudo, uma função correspondente à dos predicamentos da Magistratura e das imunidades parlamentares (...). Este mesmo objetivo, induvidosamente reconhecido como tal no que concerne ao Legislativo e Judiciário, é igualmente buscado pelo Texto Constitucional ao tratar dos servidores públicos. Apenas, a forma protetora não é coincidente com aquela adotada no que atina aos deputados, senadores e no que respeita aos magistrados. Sem embargo, traduz igualmente um mecanismo que se propõe a assegurar, quando menos, dois objetivos: igualdade de todos os cidadãos no acesso aos cargos públicos administrativos e proteção a um comportamento isento, neutro, imparcial, dos que neles sejam providos" (in *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados do Município de São Paulo* 8/83-84, julho-dezembro/1985 e janeiro-junho/1986).

Não é o caso de dissertar sobre o conjunto de disposições que revelam o nítido intento constitucional de engendrar dificuldades a que os servidores públicos possam ser convertidos em dóceis instrumentos a serviço de propósitos alheios aos da função pública, isto é, que comprometeriam a isenção administrativa e a qualidade técnica necessários à correção e eficiência da máquina estatal. Relembre-se, apenas, que os institutos da estabilidade, da disponibilidade remunerada e a previdência específica deles são exemplos desta proteção qualificada e que ainda hoje restaram como formas de proteção à moralidade e à eficiência administrativa, em despeito das Emendas 19 e 20 da Constituição (ambas empenhadas em destroçar o arcabouço defensor dos servidores públicos contra desmandos dos agentes políticos). Dentre todos os meios antepostos aos riscos mencionados, por certo um dos mais importantes é aquele que previne a possibilidade de a remuneração do servidor ser decidida por critérios subjetivos de seus superiores. É de solar evidência que tal possibilidade os colocaria inteiramente nas mãos dos hierarcas, já que destes dependeriam a mantença, a elevação ou a redução do nível de vida de seus subalternos. Parece desnecessário encarecer que, se tal se desse, a partir dos escalões máximos (onde se situam os agentes políticos) e da sucessão descendente poderiam vir (e viriam) decisões privilegiadoras dos mais obsequiosos aos intentos pessoais dos governantes de momento, assim como decisões gravosas àqueles que renitissem em manter conduta isenta, técnica, obsequiosa a seus deveres funcionais. Assim, foi para cortar cerce a possibilidade de tais malefícios (e não unicamente para prevenir desmandos nos gastos com pessoal, o que por certo também pretendeu com acendrado empenho) que a Constituição previu um regime específico – o de cargo – para os servidores públicos, buscando oferecer-lhes condições adequadas à natureza de suas atribuições.

estabelece competir à Justiça do Trabalho julgar "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" – o que pressupõe a existência de empregados também na Administração direta e autárquica.[14]

Que atividades seriam estas, passíveis de comportar regime trabalhista, se a lei assim decidir? Só poderiam ser aquelas que – mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo – não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente. Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de *serviços materiais subalternos*, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito da atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo.

22. Logo, o que se há de concluir é que, embora o regime de cargo tenha que ser o normal, o dominante, na Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público, há casos em que o regime trabalhista (nunca puro, mas afetado, tal como se averbou inicialmente, pela interferência de determinados preceitos de Direito Público) é admissível para o desempenho de *algumas atividades*; aquelas cujo desempenho sob regime laboral *não compromete os objetivos que impõem a adoção do regime estatutário como o normal, o dominante.*

23. A Lei federal 8.112, de 11.12.1990, em seu art. 2º, acolheu para sua Administração direta, autárquica e para as fundações de Direito Público exclusivamente o regime de cargo e definiu *servidor público civil* como "a pessoa legalmente investida em cargo público". Na esfera federal o assunto foi decidido pela lei que adotou,

14. Este dispositivo, em sua redação anterior, que falava em "trabalhadores e empregadores" injustificadamente, despertou dúvidas quanto ao seu alcance. Após a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, não mais usa tais expressões, que foram substituídas por "relação de trabalho". Parece-nos óbvio que com a dicção "trabalhadores e empregadores", ou com a dicção "relação de trabalho", só pode estar se reportando aos casos em que o servidor das entidades estatais esteja sob "regime trabalhista", regime de emprego (ou haja estado sob tal regime e proponha questões ao propósito dele suscitadas). Vale dizer: a Justiça do Trabalho não é competente para conhecer das questões entre os titulares de cargo e o Poder Público, ou suas entidades auxiliares, concernentes a direitos oriundos de tal vínculo. A Justiça Comum é que conhecerá de tais direitos.

para todos os servidores públicos da União, o regime estatutário, isto é, de acordo com a terminologia tradicional entre nós, de "funcionário público".[15]

A mencionada providência foi adotada sem se fazer acepção de quem era ou não concursado e abrangendo os que ocupavam emprego, razão por que sua inconstitucionalidade foi manifesta e causou e causará um rombo de proporções cataclísmicas nos cofres públicos. É que cerca de 80% dos servidores da União estavam sob regime de emprego e não de cargo. Ora, o valor dos proventos de aposentadoria por tempo de serviço no regime previdenciário comum (dos empregados em geral) corresponde a 95% da média dos 36 últimos meses do salário-contribuição. Além do mais, está limitado a cerca de 10 salários-mínimos. Já, a aposentadoria em cargo público por tempo de serviço completo dava direito a proventos integrais (antes da Emenda 41, de 19.12.2003, que estabeleceu limites), ou seja, correspondentes aos vencimentos que o servidor recebia na ativa; portanto, sem a limitação estabelecida no regime geral de previdência. Tudo isto sem se falar nos incontáveis direitos e vantagens que o regime de cargo proporciona em confronto com o regime de emprego. Assim, o ex-Presidente Collor, sob cujo governo foi enviado o projeto que se converteu na referida lei viciada pela inconstitucionalidade em questão, pode reivindicar o direito de ser considerado o maior benfeitor que os servidores públicos federais jamais tiveram na História.

15. Aliás, a sobredita lei não apenas instituiu tal regime como o geral, aplicável a quaisquer servidores públicos titulares de cargo público na órbita da União, mas, também, conforme dantes se disse, *inconstitucionalmente*, colocou sob sua égide servidores não concursados que haviam sido admitidos pela legislação trabalhista e transformou seus empregos em cargos públicos, independentemente do tempo de serviço que tivessem (art. 243 e § 1º). Nisto afrontou, à generala, tanto o art. 37, II, da Constituição, que exige concurso público de provas ou de provas e títulos para acesso a cargos públicos, quanto ofendeu ostensivamente o art. 19 e § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este último conferiu estabilidade aos servidores não concursados que contassem cinco anos de exercício contínuos à data da promulgação da Constituição, mas não autorizou mudanças em seu regime jurídico e muito menos permitiu sua preposição em cargos públicos, pois – pelo contrário – estabeleceu que sua efetivação dependeria de concurso. É que dita efetivação seria o natural consectário da integração em cargo público, pois, já estando estabilizados em decorrência do *caput* do artigo, ao ingressarem em cargo ficariam *ipso facto* efetivados. Daí a previsão do concurso, feita no parágrafo, precisamente para impedir que o aludido efeito sobreviesse pela mera decisão legislativa de lhes atribuir cargos públicos.

Esclarecido este ponto, vejamos quais as normas constitucionais impostas ao pessoal do Poder Público.

VII. Objeto das normas constitucionais sobre pessoal

24. A Lei Magna tanto impôs normas visando (a) à *contenção ou ao controle das despesas com servidores e até mesmo com agentes políticos* como também (b) disciplinou inúmeros *tópicos concernentes a outros aspectos do próprio regime jurídico que se lhes teria de aplicar*, quer fossem eles titulares de cargos ou de empregos, de maneira a fazê-las obrigatórias em todo o país. Destarte, condicionou, liminarmente, a legislação que os diversos níveis políticos editam, *cada qual para reger os respectivos servidores*.

Dentre as normas de *contenção de despesas*, algumas (a) *são de caráter bastante geral*, repercutem sobre quaisquer servidores estatais e se referem a proibições ou imposições a que o Poder Público ficará sujeito, ao passo que outras, (b) conquanto animadas do mesmo intento de coartar ou manter sob vigilância despesas com pessoal, buscam tal objetivo *disciplinando a remuneração dos servidores*, ora cogitando apenas dos *servidores públicos*, ora, dentre eles, tão só dos que sejam *ocupantes de cargos públicos*, de fora parte algumas disposições concernentes a agentes políticos.

Começar-se-á, pois, por examinar as normas gerais de contenção de despesas com pessoal. Em seguida, tratar-se-á das relativas à remuneração dos servidores (e de agentes políticos) e finalmente daqueloutras concernentes ao regime jurídico do pessoal, alheias às preocupações aludidas.

VIII. Normas de contenção de despesas com os servidores estatais

a) Limite global de despesas com pessoal

25. O art. 169 da Constituição estatui que a despesa com pessoal ativo e inativo em cada um dos níveis de governo não poderá exceder os limites a serem estabelecidos em lei complementar, a qual fixará um prazo máximo para tanto, lei, esta, obviamente, da alçada do Congresso Nacional. Enquanto não editada, vigorava o teto estabelecido no art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a saber: 65% de suas receitas correntes.

Atualmente vige a Lei Complementar 101, de 4.5.2000, conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*, cujo art. 19 fixou, para a União, o limite de tais dispêndios em 50% da *receita corrente líquida* (a qual é definida no art. 2º, IV, dessa lei), e para Estados, Distrito Federal[16] e Municípios em 60%.

Ademais, sem qualquer previsão constitucional autorizadora, no art. 20, prefixou, dentro deste global, os montantes percentuais máximos correspondentes às despesas de pessoal do Legislativo (aí incluso o Tribunal de Contas), Judiciário, Executivo e destacadamente o Ministério Público da União e dos Estados, assim como do Legislativo e Executivo dos Municípios, violando, pois, de maneira grosseiramente inconstitucional, a autonomia destas últimas pessoas. Estes limites de despesa serão apurados quadrimensalmente (art. 22).

26. Dita Lei Complementar 101, no art. 70, estabelece um *prazo de até dois exercícios* para que seja gradualmente eliminado o excesso de despesa de pessoal, à razão de 50% ao ano.

Se não o for, e o excesso ultrapassar a 95% dos respectivos limites, o Poder ou órgão, tal como definidos no art. 20,[17] que nele haja incorrido ficará, a teor do art. 22, sujeito a uma série de proibições relativas a despesas com pessoal, as quais nos parecem inconstitucionais, por ferirem a autonomia de Estados e Municípios, sem que encontrem suporte constitucional para tanto.[18] Em qualquer caso (art. 23), o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro deles.

16. Nos termos do art. 1º, § 3º, II, para os fins da lei, a referência a Estados abrange o Distrito Federal.

17. Para os efeitos do art. 20, entendem-se como *órgãos*: o Ministério Público, as Casas Legislativas da União, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa Distrital, as Câmaras de Vereadores, os Tribunais de Contas, os Tribunais do Poder Judiciário.

18. Tais proibições são as seguintes: "I – concessão de vantagem, aumento, reajustes ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinações legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; II – criação de cargo, emprego ou função; III – alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV – provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V – contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias".

Independentemente disto, na conformidade do mencionado art. 23, que nisto repete o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição (parágrafos estes que foram incluídos, juntamente com os §§ 2º, 5º, 6º e 7º, pela Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), deverão adotar as seguintes providências *sucessivamente* e até a *medida em que bastem*: (I) reduzir em pelo menos 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (II) exonerar servidores não estáveis; (III) se as medidas anteriores não forem suficientes, determinar a perda do cargo pelos servidores estáveis que os ocupem. O sobredito art. 23, em seu § 1º, inconstitucionalmente admite que, ao invés de serem extintos cargos em comissão ou funções de confiança para cumprir a aludida redução de 20%, sejam reduzidos os vencimentos que lhes são atribuídos. O Supremo Tribunal Federal, na ADI/MC 2.238-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, a requerimento do Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores e Partido Socialista Brasileiro, por unanimidade, em 9.5.2002, suspendeu cautelarmente a eficácia deste dispositivo na parte que fala em "redução dos valores a eles atribuídos".

27. De acordo com o precitado art. 169 da Constituição Federal, estas exonerações de servidores estáveis obedecerão a normas gerais estabelecidas em lei federal (§ 7º) – já hoje editada: Lei 9.801, de 16.6.1999 – e serão precedidas de ato administrativo motivado especificando a atividade funcional e o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (§ 4º). Estabeleceu, ainda, que aqueles que perderem o cargo nestas condições farão jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (§ 5º). Os cargos objeto da redução de pessoal serão considerados extintos e vedada nos próximos quatro anos sua recriação, assim como a de empregos ou funções assemelhados (§ 6º).

A determinação da perda dos cargos por parte dos servidores estáveis, com indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, parece-nos *flagrantemente inconstitucional*, por superar os limites do poder de emenda (cf. ns. 142 e ss.). Tal perda só poderia ocorrer com a extinção do cargo e colocação de seus ocupantes em disponibilidade remunerada, como previsto na Constituição (art. 41, § 3º). Salta aos olhos que uma simples emenda não poderia elidir o *direito adquirido* dos servidores estáveis a somente serem desligados do cargo em razão de faltas funcionais para as quais fosse prevista a pena de demissão, tudo apurado em regular processo administrativo ou judicial, consoante estabelecido

no art. 41, antes de ser conspurcado pelo "Emendão" (cf. n. 60). Por tal motivo, é dispensável referir o conteúdo das normas gerais estabelecidas na mencionada Lei 9.801, de 16.6.1999, para disciplinar tais exonerações.

28. Sempre de acordo com o art. 169 da Constituição, na conformidade de seu § 2º, introduzido pela Emenda em apreço, decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida, se o teto continuar excedido, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Deve-se entender, entretanto, que dita proibição só envolve as transferências voluntárias, e não as *constitucionalmente previstas como obrigatórias*, pena de ser inconstitucional o dispositivo, por ultrapassar os limites do poder de emenda à Constituição. É que, a entender-se de modo diferente, por via de tal providência estaria afetada a autonomia das entidades em questão e, destarte, violada a cláusula pétrea constante do art. 60, § 4º, I, da Lei Maior, de acordo com a qual não será objeto de deliberação proposta de emenda "tendente a abolir" a forma federativa.

A Lei Complementar 101, além de se referir a esta vedação de repasses na hipótese de excesso de despesas de pessoal não suprimidas no prazo previsto, dispôs também que, em tal caso, às entidades descumpridoras ficam vedadas a concessão direta ou indireta de garantia de outro ente e a contratação de operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

29. De fora parte as mencionadas providências previstas para redução de despesas de pessoal, a Lei Complementar 101, *sub examine*, em seu art. 23, § 2º, admite também, para fins de enquadramento no "teto", a redução da jornada de trabalho, com proporcional redução dos vencimentos. Aqui, ou se tratará de providência acordada entre o Poder Público e o servidor, ou haverá manifesta inconstitucionalidade, por trazer consigo visível ofensa ao princípio da "irredutibilidade de vencimentos", consagrado no art. 37, XV, e ainda mantido depois de sua nova redação, embora com restrições não totalmente aplicáveis aos que já eram servidores quando de sua sobrevinda (cf. n. 147). Este § 2º do art. 23, também por unanimidade, foi integralmente suspenso na mesma ADI 2.238-DF.

Entre as medidas de contenção de despesas com pessoal estabelecidas na Lei Complementar 101 merece ser salientado o parágrafo

único do art. 21, que declara nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento de despesa com pessoal expedido nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão. O descumprimento desta regra é crime, sancionado com a pena de reclusão de um a quatro anos, a teor do art. 359-G do Código Penal, incluído pela Lei 10.028, de 19.10.2000.

Com efeito, o art. 73 da lei complementar em apreço dispõe que as infrações aos seus dispositivos "serão punidas segundo o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950;[19] o Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967;[20] a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992,[21] e demais normas da legislação pertinente". Para capitulação das figuras sancionáveis foi editada a Lei 10.028, de 19.10.2000, que altera todas elas, com exceção da Lei 8.429.[22]

Finalmente, no esforço para contenção de despesas de pessoal, deve-se mencionar a MP 2.174-28, de 24.8.2001, originalmente 1.917, de 29.7.1999 (inconstitucional, como todas as medidas provisórias conhecidas, seja por falta dos requisitos de relevância e urgência, seja pela impossível reiteração). Nela se estabelece o interessante Programa de Desligamento Voluntário – PDV, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da Administração Pública *Federal* direta, autárquica e fundacional que voluntariamente adira às possibilidades nela abertas.

A adesão ao Plano, em suas distintas modalidades, fica aberta aos servidores, com exceção de certas carreiras, cargos ou situações.

19. Lei, esta, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do STF, Governadores e Secretários Estaduais e regula o respectivo processo de julgamento (Lei do *Impeachment*).

20. Este decreto-lei define os crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas de Prefeitos e Vereadores.

21. Esta é a Lei de Improbidade Administrativa.

22. A Lei Complementar 101, certamente, é animada de muito bons propósitos, mas, sobre padecer de inconstitucionalidades, é irrealista e excessivamente draconiana, pelo quê parece improvável que venha realmente a ser aplicada em sua inteireza. Servirá – isto, sim – como um instrumento aterrorizador dos Prefeitos, sobretudo. Em um País no qual o Direito Público vale pouco ou menos que nada quando a vontade do Executivo Federal se aferra em contrariar a ordem jurídica, será necessária muita "moral" para impor com todos os rigores a integralidade do que está previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

De acordo com ele, pode haver redução da jornada de trabalho, nos termos nela estipulados, *com proporcional redução de remuneração* e atribuição de incentivos, como outorga de linha de crédito, limitada até R$ 10.000,00, para abertura ou expansão de empreendimento próprio. Pode haver licença sem remuneração, com pagamento em pecúnia de natureza indenizatória correspondente a seis vezes a remuneração a que faz jus na data em que for concedida e incentivo mediante linha de crédito de até R$ 15.000,00, para a mesma finalidade anteriormente mencionada. Pode, afinal, haver exoneração voluntária, com a concessão de indenização correspondente a um inteiro e vinte e cinco centésimos da remuneração por ano de efetivo exercício na Administração Federal, além de outras vantagens, entre as quais a participação em programa de treinamento dirigido para a qualificação e recolocação no mercado de trabalho e concessão de linha de crédito, limitada a R$ 30.000,00, sem prejuízo de treinamento com o objetivo de prepará-lo para abertura de seu próprio empreendimento.

b) Previsão orçamentária e na lei de diretrizes para alterações

30. De acordo com o § 1º do art. 169, a concessão de qualquer vantagem, aumento de remuneração, criação de cargos, empregos ou funções, alteração de estrutura de carreiras e a admissão ou contratação de pessoal *a qualquer título* só poderão ser feitos na Administração direta ou indireta se houver:

(I) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal; e

(II) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas, quanto a esta última exigência, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

c) Proibição à União e Estados de aportarem recursos a outros níveis de governo para despesas de pessoal

31. Nos termos do art. 167, X, estão vedadas a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, mesmo que por antecipação de receita, pelos Governos Federal, estaduais e suas instituições financeiras para pagamento de despesas com pessoal (ativo, inativo e pensionista) dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

IX. Normas relativas à remuneração dos servidores e de agentes políticos

a) Criação de remuneração por subsídios

32. Com o intuito de tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos, impedindo que fosse constituída por distintas parcelas que se agregassem de maneira a elevar-lhes o montante, a Constituição criou uma modalidade retributiva denominada *subsídio*.

Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio dos pagamentos mensais de *parcelas únicas*, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie. Seu conceito se depreende do art. 39, § 4º, segundo o qual: "O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado, os Secretários Estaduais e Municipais, *serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou qualquer outra espécie remuneratória* (...)".

Assim, na vedação estabelecida só não se incluem as verbas indenizatórias, qual, por exemplo, o pagamento de "ajudas de custo" para acobertar despesas de mudança do servidor designado para servir em local fora da sede.

33. Remunerar-se-ão por subsídio (1) o Presidente, o Vice-Presidente da República e (2) os Ministros de Estado (art. 49, VIII); (3) os Governadores, Vice-Governadores e (4) os Secretários Estaduais (art. 28, § 2º); (5) os Prefeitos, Vice-Prefeitos e (6) os Secretários Municipais (art. 29, V); (7) os Senadores e (8) os Deputados Federais (art. 49, VII); (9) os Deputados Estaduais (art. 27, § 2º); (10) os Vereadores (art. 29, VI) – isto é, os *agentes políticos*; (11) os Ministros do STF (art. 48, XV), (12) dos Tribunais superiores e os componentes dos demais Tribunais judiciais e (13) os Magistrados em geral (arts. 93, V, e 96, II, "b") – todos, aliás, *já expressamente referidos ou compreendidos* na dicção do precitado art. 39, § 4º. Além destes agentes, por força do art. 135: (14) os membros do Ministério Público, (15) os membros da Advocacia-Geral da União, (16) da Defensoria Pública, (17) os Procuradores de Estado e do Distrito Federal (não os dos Municípios, pois não foram contemplados no arrolamento referido). E mais: (18) os servidores policiais das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, polícias civis,

polícias militares e corpos de bombeiros militares, em decorrência do art. 144, § 9º (não os das "polícias" municipais, porque, em face da Constituição, não se equiparam às polícias mencionadas, visto que foram denominadas "guardas municipais" no mesmo artigo que trata das várias polícias e da forma remuneratória que lhes corresponderá). Estão, ainda, ao nosso ver, inelutavelmente incluídos no regime de subsídios: (19) os Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas. Os primeiros porque, a teor do art. 73, § 3º, têm a mesma remuneração dos Ministros do STJ, e os segundos porque, consoante o art. 75, assujeitam-se a equivalentes disposições, no que couber, nas órbitas estaduais e do Distrito Federal (ou seja, perceberão o que percebem os respectivos desembargadores do Tribunal de Justiça). Embora o texto do citado art. 73, § 3º, fale em mesmas "garantias, prerrogativas, *vencimentos* e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça", é evidente que houve esquecimento em substituir tal palavra por *subsídios*, já que ditos Ministros não receberão vencimentos, mas subsídios, por força da mesma Emenda.

Finalmente, poderão ser incluídos no regime de subsídios os servidores organizados em carreira, conforme dispõe o art. 39, § 8º.

Como se verá logo em seguida – ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos –, o disposto no art. 39, § 4º, tem que ser entendido com certos contemperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por *parcela única*, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverão de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser *única* a parcela que os retribuirá.

Aliás, a expressão "parcela única" é rebarbativa, pois "parcela" significa parte de um todo maior – no que se nota, ainda esta outra vez, a "qualificação" dos responsáveis pelo "Emendão", isto é, Emenda 19.

b) Limite de remuneração

34. A Constituição, no art. 37, XI, com a redação que lhe deu a Emenda 41, de 17.12.2003 (publicada aos 31 do mesmo mês) estabeleceu um *teto*, isto é, um limite máximo para a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, percebidos cumulativamente ou não e incluídas as vantagens pessoais

ou de qualquer outra natureza. Tal limite se aplica à Administração direta, autárquica e fundacional, e abrange os membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo os detentores de mandato eletivo e demais agentes políticos. Este mesmo teto vale também para proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória. Conforme dicção expressa da Constituição, a teor do § 11 do art. 37, incluído pela Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005, não se computam para efeito dos limites referidos as parcelas de caráter indenizatória previstas em lei, o que, de todo modo, já se podia deduzir da própria noção de *subsídio*.

Na esfera federal são os subsídios mensais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que servem de teto e cujo valor, de resto, não pode ser ultrapassado por ninguém no âmbito da Federação. Nos Municípios, o teto são os subsídios do Prefeito. Nos Estados e Distrito Federal, o teto – que é vulgarmente chamado de "subteto" – irá variar conforme se trate de servidor do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Se for do Legislativo ficará limitado pelos subsídios dos Deputados estaduais; se for do Executivo, pelos subsídios mensais do Governador; se for do Judiciário, funcionará como teto o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, que, de resto, estão limitados a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal em espécie dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Este mesmo limite se aplica aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Ressalte-se, todavia, que com o advento da Emenda 47, de 5.7.2005, foi incluído no art. 37 um § 12, de acordo com o qual fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal, mediante Emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, adotarem um único paradigma como limite: os subsídios dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, que, como se disse, estão contidos pelo porcentual da relação com os subsídios dos Ministros do Supremo e ressalvado que o disposto nesse parágrafo não se aplica aos subsídios de Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores. Logo, estes seguem a regra geral do art. 37, XI.

De acordo com o art. 8º da Emenda Constitucional 41, de dezembro de 2003, para os fins do limite ali previsto será considerado o valor, na data da publicação da Emenda, da maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela do adicional por tempo de serviço, assim como, respectiva e correlatamente, nas várias órbitas da Federação e

esferas de Poder, os subsídios que, nesta mesma data, competem aos agentes e autoridades apontados como paradigmas no mencionado inciso XI do art. 37.

O teto remuneratório também se aplica às empresas públicas ou sociedades de economia mista, tanto quanto a suas subsidiárias *caso recebam recursos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral*. É o que consta do § 9º do mesmo artigo.

35. O rigor quanto à determinação do teto, como se vê, é bastante grande, pois sua superação nem mesmo é admitida quando resultante do acúmulo de cargos constitucionalmente permitido. Aliás, no que concerne a isto, a vedação está reiterada no inciso XVI, última parte, do mesmo art. 37, assim como, no que atina a proventos ou proventos cumulados com vencimentos ou subsídio, no § 11 do art. 40.

Sem embargo, a norma do art. 37, XI, que se vem de examinar, não pode ser tomada ao pé da letra, porque, em tais termos, brigaria com outros dispositivos constitucionais. Daí a necessidade de harmonizá-los.

Com efeito, o art. 39, § 3º, determina que se aplicará aos *titulares de cargos* o disposto em numerosos incisos do art. 7º, relativo aos direitos básicos do trabalhador (os ocupantes de emprego já os têm assegurados pela própria natureza da relação trabalhista). Entre estes incisos a que se reporta o art. 39 estão o VIII, que outorga "décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria", o IX, que garante "remuneração do trabalho noturno superior à do diurno", e o XVI, que assegura "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal".

Parece razoável entender-se que o teto fixado no art. 37, XI, não poderia se aplicar em tais casos, ainda quando o servidor titular de cargo fosse retribuído por "subsídio", isto é, mediante "parcela única". Esta, nas hipóteses cogitadas, teria que ter sua rigidez atenuada, para atendimento das exigências do art. 39, § 3º. A entender-se de outro modo, chegar-se-ia a conclusões rebarbativas. Exemplifique-se com o caso dos servidores públicos cujo ganho normal equivalesse ao teto ou estivesse próximo dele. Se o teto devesse vigorar irrestritamente, tais servidores não poderiam ser compelidos à realização de serviço extraordinário ou a efetuar trabalho noturno, por mais ingente ou conveniente que fossem, pois não haveria como re-

tribuí-los com o adicional respectivo. E, se fossem remunerados por subsídios, o só fato de estes se constituírem em parcela única impediria os acréscimos cogitados, ainda que não acarretassem superação do teto.

Ora, seria absurdo imaginar-se que deveriam prestar serviços nas condições referidas sem a fruição das garantias outorgadas nos pertinentes incisos do art. 7º (aos quais se remete o art. 39, § 3º), que isto implicaria impor a alguns – e sem contrapartida – encargos pesados ou anormais, tanto que merecedores de tratamento especial nos dispositivos referidos. O fato de se alocarem entre os melhor retribuídos no serviço público (se o são não é simplesmente porque o queiram, mas porque a lei considerou ser esta sua adequada remuneração), ou a circunstância de serem remunerados por subsídios, não são razões prestantes para que sofram tratamento discriminatório detrimentoso em relação aos demais.

Anote-se que ditas observações só valem para os servidores públicos, *não abrangendo os agentes políticos*, pois é apenas dos primeiros que cogita o art. 39, § 3º.

Ante o exposto, parece não haver alternativa senão a de realizar este esforço conciliatório exegético, imposto para evitar situações incongruentes ou absurdas.

36. Sem embargo, o intérprete tem limites na tarefa hermenêutica. Assim, não há como, na exegese do art. 37, XI, salvar certas inconveniências gritantes, que terminam por instaurar rumos antitéticos a outros vetores constitucionais, mas que não podem ser resguardados por falta de dispositivos suficientemente fortes para escorá-los frente a investidas imprudentes do reformador da Constituição. Veja-se: os Ministros do STF (e eventualmente outros agentes cuja retribuição alcance o equivalente aos subsídios destes) não terão interesse em acumular os respectivos cargos com um cargo de *professor*, pois já teriam atingido o teto. Donde, nada poderiam receber pela atividade docente.

Trata-se de um inconveniente visível, pois as possibilidades que a Constituição abre em favor de hipóteses de acumulação de cargos não são para benefício do servidor, mas da coletividade. Seu pressuposto, no caso dos professores, é o de que servidores que ocupam cargos exigentes de preparo técnico especializado disseminariam proveitosamente seus conhecimentos na atividade docente, para benefício do corpo social. Sem embargo, por força do art. 37, XI, o

servidor público ou o agente político que já estejam alocados no teto retributivo desinteressar-se-iam de exercer cargo de professor, *conquanto*, ao nosso ver, como mais além se dirá, ao tratar da acumulação de cargos (n. 54), *não estejam impedidos de fazê-lo, desde que o total de sua remuneração seja detido pelo teto.*

37. Restaria saber como fica a ***situação dos que atualmente percebem acima do teto****, com ou sem acúmulo de cargos.*

A Emenda 41, de 19.12.2003, pretendeu resolver a questão por via do expediente de declarar, em seu art. 9º, que o art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição aplicar-se-ia a todas as modalidades de retribuição dos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, bem assim aos agentes políticos em geral, tanto como a proventos de aposentadoria e pensões. Ocorre que o art. 17 estava reportado a uma situação distinta daquela que veio a ser implantada, ao depois, pela Emenda 19, de 4.6.1998, e no presente pela sobredita Emenda 41/2003 – textos que, obviamente, revogaram as disposições precedentes, de tal sorte que já não mais existem como termos de referência no universo jurídico. Assim, quando menos, é certo que não se lhe poderá atribuir um conteúdo e uma eficácia diversos daqueles que só uma Constituição lhe poderia ter outorgado e que são inacessíveis a uma simples Emenda.

Adiante-se desde já que, ao nosso ver, aos que já eram servidores quando entrou em vigor a Emenda 41 não se aplicam nem o teto nem o chamado subteto, dada a irredutibilidade de vencimentos, que não pode ser afetada por Emenda (por se constituir em garantia individual, portanto protegida por cláusula pétrea). De toda sorte, para mais cabal esclarecimento do assunto é conveniente uma digressão sobre as profundas diferenças jurídicas entre Constituição e Emenda Constitucional, tanto como sobre os *limites a que esta última se sujeita*, razão pela qual o assunto será tratado em tópico próprio (ns. 142 e ss.), após o exame dos dispositivos *constitucionais* atinentes aos servidores.

c) Vencimentos do Executivo como paradigma para o Legislativo e o Judiciário

38. Sempre com o escopo de assegurar contenções e controles na despesa com pessoal, o inciso XII do mencionado art. 37 estatui que os vencimentos dos cargos administrativos do Legislativo e do

Judiciário não poderão ser superiores aos de seus correspondentes no Executivo. Ainda que a Constituição não o haja dito expressamente, a mesma regra haverá de valer no que concerne a funções e empregos.

d) Proibição de vinculação de vencimentos

39. Para evitar aumentos em cadeia, o inciso XIII do mesmo art. 37 veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal no serviço público.

e) Cálculo de acréscimos pecuniários

40. De seu turno, o inciso XIV deste art. 37 *proíbe* que os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público sejam computados ou acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.

f) Uniformidade na data e nos índices para revisão geral da remuneração dos servidores públicos

41. Ainda animado, ao menos em parte, pelo intento de melhor controlar providências que impliquem despesas com pessoal e de lhes conferir maior visibilidade, o inciso X do art. 37 estatui, de par com a garantia de revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e do subsídio dos retribuídos por tal forma, que dita revisão far-se-á sempre na mesma data, sem distinção de índices.

g) Exigência de lei para fixação ou alteração da remuneração

42. Finalmente, registre-se a existência de outra importante regra, inspirada pelo mesmo intento de impor procedimentos cautelosos para a irrupção de despesas com pessoal e para garantia do princípio da impessoalidade da Administração. Consiste na imposição de que só por lei se fixe a retribuição de cargos, funções ou empregos no Estado e em suas pessoas auxiliares de Direito Público. Assim, o art. 37, X, estabelece que a remuneração dos servidores públicos, inclusive sob a forma de subsídio, somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

Também o art. 61, § 1º, II, "a", dispõe que a criação de cargos ou empregos públicos ou o aumento de suas remunerações (na Administração direta e nas autarquias) *dependem de lei, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo*.[23] Na esfera do Judiciário a iniciativa da lei é, conforme o caso, do STF, dos Tribunais Superiores ou dos Tribunais de Justiça, a teor do art. 96, II, "b", com a redação dada pela Emenda Constitucional 41, de dezembro de 2003.

Consideremos, agora, as demais disposições constitucionais relativas ao regime dos servidores da Administração direta e indireta.[24]

Não há simetria quanto ao instrumento jurídico pelo qual se fixam os subsídios dos agentes políticos de União, Estados e Municípios. Os do Presidente da República, Vice e Ministros de Estado (art. 49, VIII), assim como os dos senadores e deputados federais, são estabelecidos por decreto legislativo do Congresso Nacional (art. 49, VII). Inversamente, os subsídios dos governadores, dos vices e dos secretários de Estado sê-lo-ão por lei (art. 28, § 2º), tal como os dos deputados estaduais (art. 27, § 2º), dos prefeitos, vices e secretários municipais (art. 29, V). Somente os subsídios de vereadores é que são fixados por decreto legislativo das respectivas Câmaras (art. 29, VI).

X. Normas constitucionais sobre o regime jurídico dos servidores estatais (titulares de cargos ou empregados)

43 Dentre estas normas, algumas concernem a quaisquer servidores estatais, sejam eles da própria pessoa Estado, sejam de pessoas da Administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Outras, de resto a maioria, dizem respeito apenas aos servidores públicos e que sejam titulares de *cargos* públicos (não de empregos).

23. Tal preceito, como já foi dito, concerne apenas a cargos, funções ou empregos no Executivo. Isto porque no Legislativo tal matéria não é disciplinada por lei, mas por resolução. Com efeito, Câmara e Senado dispõem de competência privativa para dispor sobre o assunto, cada qual em relação aos seus respectivos serviços auxiliares, conforme previsão dos arts. 51, IV, e 52, XIII.

24. A Administração indireta abrange, como se sabe, autarquias, fundações de Direito Público (que são autarquias nominadas de fundações), empresas públicas e sociedades de economia mista.

a) Acessibilidade aos cargos e empregos: concurso público

44. A Constituição estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros,[25] na forma da lei (art. 37, I), mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvada a nomeação para cargos de provimento em comissão, assim declarados em lei, nos quais são livres a nomeação e a exoneração (art. 37, II).

Registre-se que a Emenda Constitucional 51, de 14.2.2006, incluiu um § 5º no art. 198 (regulamentado pela Lei 11.350, de 5.10.2006), por força do qual ficou prevista a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias mediante *processo seletivo público*. Ninguém sabe exatamente o que seja "processo seletivo público". Esta expressão surgiu para designar, no passado, o concurso efetuado para admissão a empregos (isto é, quando se tratava de cargos a serem providos). Hoje, como se viu, a Constituição exige concurso público tanto para cargos quanto para empregos. Tais procedimentos eram mais céleres, menos burocratizados que o costumeiro nos concursos públicos, mas é impossível precisar com rigor quais as diferenças, em relação a eles, suscetíveis de serem aceitas sem burla ao princípio da impessoalidade. Assim, quando a Emenda 51 – tecnicamente lastimável – fala em "processo seletivo público", ter-se-á de entender que não poderia revogar a igualdade de todos perante a lei (cláusula pétrea, por se alojar entre os direitos e garantias individuais, conforme o art. 60, § 4º, IV, da CF) e, *a fortiori*, perante as possibilidades de ingresso no serviço público. Logo, o tal processo seletivo terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplificá-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego.

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na *Administração direta e indireta*. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem

25. Até a sobrevinda da EC 19, de 4.6.1998, tais cargos, funções e empregos só eram acessíveis a brasileiros. A alteração é apenas mais uma amostra do que se passou, em todas as áreas, no País, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso.

concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição,[26] quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de *outra natureza*, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.

45. Nas regras do concurso não podem ser feitas discriminações entre brasileiros *natos* ou *naturalizados*, salvo em relação aos cargos arrolados no art. 12, § 3º, da Lei Maior, quando então serão obrigatórias, pois nele arrolam-se os que são privativos de brasileiro nato,[27] como exceção à regra geral fixada no § 2º deste mesmo artigo, segundo a qual são vedadas distinções entre uns e outros.

46. Em decorrência do disposto no art. 7º, XXX, ao qual o art. 39, § 3º, faz remissão, em princípio não seriam admissíveis restrições discriminatórias por motivo de *idade* ou *sexo* para admissão em cargos ou empregos; contudo, a parte final deste último preceptivo ressalva a possibilidade de se instituírem requisitos diferenciados de admissão

26. Além do caso dos cargos em comissão, há, também, determinadas hipóteses excepcionais, *expressamente previstas na Constituição*, em que a *nomeação* prescinde de concurso, embora não se trate de cargo em comissão. É unicamente o caso dos cargos vitalícios de Ministros ou Conselheiros de Tribunais de Contas (art. 73, § 2º, c/c art. 84, XV) e de Magistrados dos Tribunais; a saber: os cargos de Ministro do STF (art. 101); certos cargos nos Tribunais Superiores – STJ (art. 104), TST (art. 111, § 1º) e STM (art. 123); 1/5 dos cargos de Magistrado de segunda instância (art. 94); certos cargos de ocupação temporária (um biênio, reconduzível por mais um) de Ministro do TSE (art. 119) e de Juiz de TREs (art. 120), de membro do Conselho Nacional da Magistratura (art. 103-B da EC 45, de 8.12.2004) e membro do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 120-A da mesma EC). Embora a Constituição não o diga de maneira expressa e literal, há outras duas ordens de hipóteses de dispensa de concurso – já agora para empregos – que hão de ser havidas como implicitamente previstas. Uma é o caso da admissão de pessoal, por contrato (emprego, portanto), por tempo determinado, para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público, a que alude o art. 37, IX. Entende-se que situações desta natureza não se compatibilizariam com as inevitáveis delongas de um concurso público. Outra, finalmente, refere-se às hipóteses em que empresas estatais *exploradoras de atividade econômica* – embora também obrigadas, como regra, ao regime de concurso público para admissão de pessoal – vejam-se na contingência de dispensá-lo perante situações em que, se não o fizessem, frustrariam a necessidade de uma atuação expedita inerente ao cumprimento de seus fins e requerida pelas circunstâncias do momento, ou perderiam a possibilidade de admitir pessoal qualificado que não se interessaria em disputar concursos, por ser de pronto absorvido pela demanda do mercado.

27. São os de Ministro do STF, Oficial das Forças Armadas e integrante da carreira diplomática, além dos cargos políticos de Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara e do Senado e Ministro da Defesa.

quando a natureza do *cargo* o exigir. Assim, tal possibilidade existe, mas apenas em relação a *cargos*. Isto não apenas pela dicção da regra, mas também e sobretudo pelo fato de que os que se candidatem a emprego (na organização central do Estado ou em pessoa de sua Administração indireta) sujeitar-se-ão basicamente às normas – inclusive as constitucionais – relativas ao Direito do Trabalho. Ora, o art. 7º, onde estão arrolados os direitos trabalhistas fundamentais, em seu inciso XXX, não incluiu ressalva alguma em sua dicção.

46-A. *Embora não se trate de uma regra constitucional*, convém incluir aqui uma importante disposição sobre concurso público prevista na Lei 12.990, de 9.6.2014, de acordo com a qual, sempre que o número de vagas for igual ou superior a três ficam reservadas "aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União", o que terá de constar expressamente do edital.

47. Os concursos públicos devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados. Sem isto ficariam fraudadas suas finalidades. Logo, são inválidas disposições capazes de desvirtuar a objetividade ou o controle destes certames. É o que, injuridicamente, tem ocorrido com a introdução de *exames psicotécnicos* destinados a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em um pretenso "perfil psicológico", decidido pelos promotores do certame como sendo o "adequado" para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego. Aliás, somente lei pode impor tal exigência para os concursos em que considere necessário.

Exames psicológicos só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental dos candidatos, ou, no máximo – e, ainda assim, apenas no caso de certos cargos ou empregos –, para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções. Compreende-se, por exemplo, que um teor muito alto de agressividade não se coadunaria com os encargos próprios de quem deva tratar ou cuidar de crianças em creches ou escolas maternais.[28]

28. Reconhecer que um dado traço de personalidade apresenta incompatibilidade com determinada atividade não é a mesma coisa que exigir que os candidatos es-

De toda sorte, é indispensável que os nomes dos responsáveis pelos sobreditos exames psicológicos sejam dados a público, para que possa ser aquilatada sua aptidão. Além disto, tais exames hão de ser revisíveis, reconhecendo-se ao candidato, nesta fase de reapreciação, o direito de indicar peritos idôneos para o acompanhamento e interpretação dos testes e entrevistas.

48. Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as *vagas existentes dentro de seu período de validade*, quer já existissem quando da abertura do certame, *quer ocorridas depois*. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra, nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma "letra morta".

Na legislação federal, por força do art. 12, § 2º, da Lei 8.112 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações federais), "não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado".

Admissão e dispensa nas estatais

49. Posto que as normas sobre acessibilidade e concurso público são impositivas para todo o universo da Administração, sociedades de economia mista e empresas públicas também estão sujeitas a elas.

Ressalve-se, todavia, que as pessoas estatais constituídas para *exploração de atividade econômica* disporão de liberdade para contratar diretamente seus empregados nas hipóteses em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal proce-

tejam ajustados a um determinado esquema psicológico proposto como "padrão" previamente definido e qualificado como sendo o "perfil psicológico", fora do qual o concorrente será eliminado.

dimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.

Tal intelecção resulta de um contemperamento dos preceptivos citados com o disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição. De acordo com ele, prevê-se que lei estabelecerá o estatuto das entidades estatais exploradoras de atividade econômica, dispondo sobre sua "sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Trata-se, *in casu*, de compatibilizar a exigência de concurso com o espírito deste preceptivo, para que os dois possam conviver sem elisão de nenhum deles, mas apenas com a restrição indispensável à positividade de ambos, de maneira a preservar, no limite do possível, o sentido animador de cada qual.

50. O contemperamento é necessário, pois seria um equívoco imaginar que, ante a linguagem desatada do § 1º, II, do art. 173, as entidades estatais exploradoras de atividade econômica ficaram integralmente submissas ao regime das empresas privadas e, em consequência, libertas das regras pertinentes a concurso público. Com efeito, é fácil verificar que existem inúmeros outros casos em que a Constituição afastou-as do "regime próprio das empresas privadas". Ninguém duvidaria, por exemplo, de que contra elas cabe "ação popular", a teor do art. 5º, LXXIII, ou de que a vedação de acumulação de cargos também se lhes aplica, conforme o art. 37, XVII, em despeito de não ser este um regime próprio das empresas privadas. O mesmo se dirá em relação ao previsto nos arts. 14, § 9º; 49, X; 52, VII; 54; 55, I; 70 e 71, II e III, o que bem demonstra que no 173, § 1º, II, o reformador da Constituição, tal como já o fizera o constituinte, *dixit plus quam voluit*.

51. Assim como a contratação de pessoal nas empresas públicas e sociedades de economia mista sofre o condicionamento aludido, também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões prestantes e demonstráveis para efetuá-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da autonomia da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois, transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. Daí que a despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa e, no caso de

providências amplas de enxugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas.

Perante dispensas ilegais, o empregado terá direito à *reintegração* no emprego, e não meramente indenização compensatória, pois não estão em pauta interesses puramente privados, mas sobretudo o princípio da legalidade da Administração, o qual é garantia de todos os cidadãos e ao qual, portanto, todos fazem jus.

b) Contratação excepcional sem concurso

52. A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de *necessidade temporária de excepcional interesse público* (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é *temporária*, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato *suprimento temporário de uma necessidade* (neste sentido, "necessidade temporária"), *por não haver tempo hábil para realizar concurso*, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

Para que se faça uma ideia do escândalo em que se constitui esta lei, mencione-se apenas que os contratos referidos no art. 2º, VI, "g", isto é, relativos a atividades desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM, podem ser prorrogados até completarem um período total de *cinco anos*, a teor do art. 4º, parágrafo único, IV. Haja temporariedade nisto! Aliás, o art. 76 da lei da ANP, o art. 34, § 2º, da lei da ANEEL, o art. 36, § 1º, da lei da ANVISA e o art. 16 da lei da ANA, como se disse, ao tratar das "agências reguladoras", autorizaram a admissão de pessoal técnico "em caráter temporário", *por até 36 meses*.

Dito preceptivo está, hoje, regulado pela Lei 8.745, de 9.12.1993, com inúmeras alterações ocorridas ao longo do tempo, as últimas das quais constam dos arts. 166 e 173 da Lei 11.784, de 22.9.2008, do art. 2º da Lei 12.314, de 19.8.2010, e do art. 1º da Lei 12.425, de 17.6.2011.

Estes casos ditos excepcionais, alguns dos quais – diga-se de passagem – não se acomodam à dicção constitucional, são numerosíssimos e estão arrolados no art. 2º da referida Lei 8.745. Serão sempre feitas por prazo determinado, o qual varia em função da hipótese, podendo chegar a quatro anos, admitida a prorrogação, com a qual, incluída esta, eventualmente atingirão seis anos (admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação). Na maioria das vezes dependem de um processo seletivo simplificado, o qual é compreensivelmente prescindível nos casos de calamidade pública ou de emergência ambiental, havendo ainda várias situações em que a contratação é por notória capacidade, avaliada por currículo. A remuneração destes contratados baseia-se na que lhes é correspondente no serviço público e, quando inexistir equivalência, na do mercado de trabalho, e em certas situações indicadas na lei, obedecerão a uma tabela fixada pelo Poder Executivo.

c) Direito de greve e de sindicalização

53. A Constituição reconhece aos servidores públicos direito à livre associação sindical (art. 37, VI) e direito de greve a ser exercido nos termos e limites definidos em lei específica (art. 37, VII). O STF dantes considerava que o inciso VII – ou seja, o que cogita do direito de greve – era norma de eficácia limitada; logo, não eficaz até que sobreviesse a lei infraconstitucional.

Reputávamos errônea esta intelecção por entendermos que tal direito existe desde a promulgação da Constituição. Deveras, mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela. Mas o STF, em decisão histórica, ao apreciar o MI 708, em julgamento datado de 25.10.2007, com acórdão publicado em 31.10.2008, por maioria, nos termos do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, conheceu do

mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7.783, de 28.6.1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Mins. Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Entretanto, é claro que, para não decair da legitimidade da greve, os paredistas terão que organizar plantão para atender a determinadas situações: as de urgência ou que, de todo modo, não possam ser genérica e irrestritamente subtraídas à coletividade sem acarretar danos muito graves ou irreparáveis. De fato, a atual Constituição não é individualista, e expressamente prestigiou os chamados *direitos coletivos e difusos*, como muito bem disse Lúcia Valle Figueiredo em reforço à sua correta e oportuna observação de que "o direito de greve não pode esgarçar os direitos coletivos, sobretudo relegando serviços que ponham em perigo a saúde, a liberdade ou a vida da população".[29] O Decreto 7.777, de 24.7.2012, prevê convênio com Estado, Distrito Federal e Municípios para compartilhamento da execução da atividade ou serviço, para garantir-lhes funcionamento regular durante a greve.

d) Proibição de acumulação remunerada

54. Também para evitar abusos, veda-se a acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos tanto na *Administração direta como na Administração ou indireta* e reciprocamente entre elas, conforme dispõem os incisos XVI e XVII do art. 37, ressalvadas certas hipóteses expressamente arroladas, desde que haja compatibilidade de horários e *respeitado o teto de remuneração*. A saber: a de dois cargos de professor; a de um cargo de professor com outro técnico ou científico[30] e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.[31]

29. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 631.

30. Entre estes cargos técnicos ou científicos acumuláveis com cargo de professor incluem-se, por expressa dicção constitucional, um cargo de magistrado, conforme previsão do art. 95, parágrafo único, I, e um cargo da carreira do Ministério Público, a teor do art. 128, § 5º, II, "d".

31. Antes da Emenda Constitucional 34, de 13.12.2001, a Constituição, de acordo, aliás, com velha tradição, falava em cargos privativos de "médico". É verdade que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 17, § 2ª, assegurou aos que, ao tempo da Carta de 1969, acumulavam inconstitucionalmente dois cargos privativos de profissionais de saúde (não dois cargos de médico, pois isto já era per-

Quid juris no caso de a somatória do percebido em cada um dos cargos vir a superar o teto correspondente aos subsídios dos Ministros do STF ou na hipótese de, com um só cargo, já estar atingido tal teto, como necessariamente ocorrerá se o servidor for, justamente, um membro daquela Corte? Dever-se-á concluir, em hipóteses quejandas, pela impossibilidade da acumulação?

A resposta à indagação há de ser norteada por duas ideias: uma, a de que, se a Constituição permite a acumulação, esta é um *direito do servidor*; outra, a de que o proibido, inclusive nos casos de acumulação, é a superação do teto. A solução, pois, é conciliar estas ideias, com a cautela de não extrair delas nada além do indispensável à integral aplicação de ambos os comandos.

Assim, por ser a acumulação um direito (nas hipóteses permitidas), há de se concluir que o servidor não pode ser impedido de acumular. Por ser proibida a superação do teto, há de se concluir que os valores correspondentes ao segundo cargo (ou emprego) terão de ser detidos ao alcançarem, uma vez somados com os do cargo (emprego) anterior, o equivalente ao teto remuneratório.

Se, desde logo, o servidor já era retribuído pelo teto, como ocorreria com quem fosse Ministro do STF, poder-se-ia arguir a dificuldade suscitada pela vedação de trabalho gratuito, salvo os casos previstos em lei, estabelecida no art. 4º da Lei 8.112, de 11.12.1990, que é o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União. A solução, em tal caso, haveria de ser sempre a permissiva da acumulação, resolvendo-se o problema por uma dentre as seguintes fórmulas, em tese cogitáveis: ou se consideraria ser esta uma hipótese, conquanto não prevista em lei, autorizada implicitamente na Constituição, ao reconhecer o direito de acumulação – e que é a solução correta, ao nosso ver –, ou o servidor que já estivesse no teto perceberia apenas parte de sua remuneração no cargo (ou emprego) inicial e parte no segundo deles.

55. Aqueles que, antes da Emenda 41, de 19.12.2003, *já acumulavam* licitamente, e *licitamente estavam superando o teto* que veio a ser estabelecido, não podem ser afetados por ele, conforme se esclarece mais ao diante (ns. 142 e ss.).

mitido) o direito de protraírem tal inconstitucionalidade, já agora perante a regra geral da Constituição vigente. Assim, a redação introduzida pela EC 34, vem se harmonizar com a referida regra do ADCT.

e) Sanção por improbidade administrativa

56. Em caso de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 37, § 4º).

XI. Regime constitucional dos servidores públicos titulares de cargos

57. As disposições constitucionais voltadas especificamente para os titulares de cargos públicos, ou seja, os assim chamados "estatutários", disciplinados, na esfera federal, pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112, de 11.12.1990, com as alterações posteriores) e tradicionalmente designados como funcionários públicos, estão explicitamente previstas nos arts. 39 a 41. Vejamo-los.

a) Irredutibilidade de vencimentos

58. Aos servidores públicos é assegurada a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV).[32]

Vencimentos é a designação técnica da retribuição pecuniária legalmente prevista como correspondente ao cargo público.

b) Alguns direitos equivalentes aos dos empregados

59. Também se conferem aos servidores públicos, titulares de cargos, no art. 39, § 3º, vários direitos, dentre os previstos no art. 7º da Constituição em prol dos trabalhadores em geral. São os que ali se contemplam nos incisos a seguir arrolados.

A saber: inciso IV, salário-mínimo; VII, remuneração nunca inferior ao salário-mínimo para quem perceba remuneração variável; VIII, 13º salário anual; IX, remuneração de trabalho noturno superior à do diurno; XII, salário-família para os dependentes; XIII,

32. Aos servidores empregados a irredutibilidade do salário decorre do art. 7º, VI, que a confere aos trabalhadores em geral, salvo convenção ou acordo coletivo de trabalho.

duração do trabalho diário normal não superior a 8 horas e 44 semanais; XV, repouso semanal remunerado; XVI, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal; XVII, férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que a remuneração normal; XVIII, licença à gestante com duração de 120 dias (que a Administração *poderá* prorrogar por 60 dias, a teor do art. 2º da Lei 11.770, de 9.9.2008); XIX, licença-paternidade, nos termos previstos em lei; XX, proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos previstos em lei; XXII, redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; e XXX, proibição de diferença de remuneração, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, com ressalva da adoção de requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

c) Estabilidade

60. *Após três anos* de exercício subsequentes à nomeação *por concurso*, o servidor público goza de *estabilidade* (art. 41). Para sua aquisição é obrigatória avaliação especial de desempenho, por comissão para tal fim instituída (art. 41, § 4º).

Estabilidade é o direito de não ser desligado senão em virtude de:

(a) sentença judicial transitada em julgado (§ 1º, I, do mesmo artigo),

(b) processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (§ 1º, II), ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (§ 1º, III).

Adquirido este atributo, se for irregularmente demitido, tem direito à reintegração, e quem lhe ocupava o lugar será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro ou passado para a inatividade remunerada, isto é, posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço (art. 41, § 2º).

Antes do chamado "Emendão" – isto é, a Emenda 19, de 4.6.1998 – o prazo para estabilidade era de dois anos. Tal período foi por ela mantido *para os servidores que ainda se encontravam em período de estágio probatório* quando de sua edição, exigindo-

-se-lhes, contudo, para aquisição da estabilidade, a referida avaliação especial dantes mencionada (art. 28 da citada Emenda). De toda sorte, o fato é que, de acordo com a Súmula 21 do STF, o desligamento de servidor ainda não estável, isto é, em estágio probatório, não é livre, pois, de acordo com ela, não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Também não havia, antes de a Constituição ser bulida pela Emenda em causa, a hipótese de desligamento suposta no inciso III do § 1º. É verdade que, na consonância dos vários Estatutos de Servidores, sempre foi possível, mediante processo administrativo com ampla defesa, demitir servidor ineficiente, descumpridor de seus deveres.

Conforme já se anotou (n. 26), o art. 169, § 4º, *prevê hipótese excepcional e temporária de desligamento de servidores estáveis* ***fora dos casos previstos no art. 41***. É, como dantes foi assinalado, o que poderia ocorrer mediante os cortes necessários ao ajustamento das despesas de União, Estados, Distrito Federal e Municípios aos limites globais de despesa com pessoal estabelecidos em lei complementar. Sem embargo, ao nosso ver – repita-se – tal possibilidade de perda do cargo do servidor estável, prevista neste § 4º do art. 169 introduzido pelo "Emendão", não é comportada pelos limites a que uma emenda constitucional tem que se submeter, conforme mais além aclaramos (ns. 142 e ss.), pelo que, inconstitucional também é a Lei 9.801, de 14.6.1999, que o regulamenta.

d) Disponibilidade

61. *Disponibilidade* é a colocação do servidor estável em inatividade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo, com proventos proporcionais ao seu tempo de serviço. Desde o "Emendão" a proporcionalidade dos proventos, em tal caso, está expressa. Dantes o texto constitucional era omisso quanto ao ponto e o STF já decidira que os proventos seriam integrais, solução, esta, que, todavia, não nos parecia a correta.

A disponibilidade é um direito que a Constituição confere ao servidor público civil estável, caso seu cargo venha a ser extinto ou declarado desnecessário (§ 3º do art. 41), ou ainda quando, em virtude de reintegração de outrem, seja desalojado do cargo que ocupava sem ter um cargo de origem para regressar a ele (art. 41, § 2º, precitado).

A declaração de desnecessidade, surgida ao tempo do golpe militar de 1º de abril de 1964 e consagrada constitucionalmente na Carta de 1969 (art. 100, parágrafo único), é um instituto obscuro e rebarbativo. Com efeito, se o cargo não é necessário, deve ser extinto, pura e simplesmente. Sem embargo, assim como a lei pode estabelecer termos, condições e especificações para que o Chefe do Poder Executivo extinga cargo público, já que a Constituição lhe confere a prerrogativa de extinguir "funções ou cargos públicos, quando vagos" (art. 84, VI, "b", com a redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001) e de "prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei" (art. 84, XXV), também poderá fazê-lo para que os declare desnecessários.

e) Aposentadoria e proventos

62. A Constituição dispõe que ao servidor público *titular de cargo efetivo* é assegurado regime de previdência de *caráter contributivo* (art. 40, *caput*, com a redação da Emenda 41, de 19.12.2003), e lhe garante aposentadoria e proventos nas condições adiante esclarecidas.

As disposições constantes deste art. 40 também se aplicam aos titulares de *cargos vitalícios*; aos magistrados, por força do art. 93, VI, aos membros do Ministério Público, *ex vi* do art. 129, § 4º, e aos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, em decorrência do art. 73, § 3º.

Os demais servidores públicos, inclusive os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, cargo temporário[33] ou emprego público, regulam-se pelo regime geral de previdência social (art. 40, § 13). O mesmo ocorrerá com os servidores das entidades da Administração indireta com personalidade de Direito Privado.

Proventos é a designação técnica dos valores pecuniários devidos aos inativos (aposentados e disponíveis).

A aposentadoria, como resulta do § 1º do art. 40 da CF, em seus três incisos, pode ser: (a) voluntária (inc. III); (b) compulsória por idade (inc. II); (c.1) por acidente em serviço ou moléstia grave ou incurável especificada em lei ou (c.2) por invalidez oriunda de causas diversas das anteriores (inc. I).

33. Não existe *cargo temporário*. Presumivelmente, o preceito quis se referir aos casos de contratação supostos no art. 37, IX, isto é, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

f) Requisitos para aposentadoria e correspondentes proventos

63. A expressão "proventos proporcionais", que a Constituição usa, logicamente parece contrapor-se a "proventos integrais", que a Constituição *não mais usa*. Continuaremos nos servindo desta terminologia tradicional; mas cumpre esclarecer que, *a partir da Emenda 41, de 19.12.2003, "proventos integrais" não mais significa, como anteriormente, que os proventos corresponderão ao que o servidor percebia na ativa*. Seu significado aclararemos logo ao diante, no item seguinte.

A aposentadoria (I) *voluntária* pode ser com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição, de acordo com fórmula de cálculo da integralidade ou proporcionalidade logo adiante esclarecida.

Serão *integrais* os proventos de aposentadoria voluntária para os servidores que contem 10 anos de serviço público e 5 no cargo em que se aposentarão, tendo 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homens, ou, 55 de idade e 30 de contribuição, se mulheres.

Serão *proporcionais* se o servidor ao qual falte o tempo de contribuição para se aposentar com proventos integrais tiver 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher, contando com 10 anos de serviço público e 5 no cargo em que se aposentará.

Como logo adiante se explica, *proventos integrais*, a partir da Emenda 41, de 19.12.2003, não significa, como anteriormente, que os proventos corresponderão ao que o servidor percebia na ativa.

A aposentadoria (II) *compulsória* ocorrerá aos 70 anos de idade, independentemente de qualquer outro requisito, e será com proventos *proporcionais* ao tempo de contribuição – salvo, evidentemente, se o servidor, ao atingir tal idade, já havia preenchido os requisitos para aposentação voluntária com proventos integrais.

A aposentadoria (III) por *acidente em serviço ou por moléstia grave ou incurável especificada em lei* será com proventos *integrais*, independentemente de qualquer requisito. Anote-se que, ao tratar desta modalidade de aposentação, a Constituição não refere "proventos proporcionais", mas "proventos, *na forma da lei*". Este "na forma da lei" certamente está referido a uma lei especial cuidando da hipótese cogitada no preceptivo. Assim, pelo menos enquanto não surgir esta lei os proventos serão correspondentes *aos que o servidor percebia na atividade*, pois, para a hipótese em tela, este era o critério que vigorava até a sobrevinda da Emenda.

A aposentadoria (IV) por *invalidez oriunda de causas diversas das mencionadas* será com proventos *proporcionais* ao tempo de contribuição e também não depende de qualquer requisito.

g) Forma de cálculo dos proventos de aposentadoria e das pensões

64. Segundo o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, "Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201 na forma da lei". A lei que as regula é a Lei 10.887, de 18.6.2004, de acordo com a qual, "será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência". O mesmo vale para o cálculo das pensões.

Assim, quando se diz que os proventos serão *integrais*, isto não significa – *como ocorria no passado* – que corresponderão à integralidade dos vencimentos mensais que percebia na atividade ao se aposentar. Significa – isto, sim – que corresponderão ao montante dos valores que serviram de *base de cálculo de sua contribuição previdenciária* (art. 40, § 3º), *e devidamente atualizados na forma da lei* (art. 40, § 17), porém *tendo a garantia de um determinado piso*, calculado da forma seguinte: até o limite máximo dos benefícios previstos para o regime geral de previdência (R$ 4.390,24 desde 1º de janeiro de 2014), a aposentadoria nunca poderá ser inferior ao que o servidor percebia no cargo em que se aposentou. Se o servidor percebia mais do que isto no cargo em que se aposentou, a este valor (R$ 4.159,00) serão acrescidos 70% da diferença entre tal montante e os *vencimentos que lhe correspondiam naquele cargo*.[34]

Esta intelecção, conquanto não esteja literalmente afirmada na Constituição, é obrigatória, porque não se suporia que a pensão a que fazem jus os beneficiários do servidor pudesse ser maior do que

34. Por exemplo: se o servidor ganhava R$ 10.000,00, a pensão de seu beneficiário será de R$ 4.390,24 mais R$ 3.926,83 (que é 70% de R$ 5.609,76, valor que corresponde à diferença entre R$ 4.390,24 e R$ 10.000,00). Ou seja: o valor da pensão será de R$ 8.317,07.

a aposentadoria dele, até porque o § 2º do art. 40 da CF expressamente o proíbe. Ora, a pensão do beneficiário, de acordo com o art. 40, § 7º, I e II, será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido ou da "*totalidade da remuneração* do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento" até o limite de R$ 4.390,24, acrescido de 70% da parcela excedente deste limite.

Já quando se diz que os proventos são *proporcionais*, isto significa que corresponderão a um valor apurado sobre a proporção da totalidade das remunerações atualizadas utilizadas como base para as contribuições do servidor para a Previdência.

65. O servidor tem direito de contar para fins de aposentadoria tanto o tempo de contribuição federal, estadual, ou municipal – e o mesmo se passa no caso de disponibilidade (tudo conforme o art. 40, § 9º) – quanto o tempo de contribuição por serviço prestado à atividade privada, dada a previsão de *contagem recíproca entre eles* (art. 201, § 9º).[35] A lei disporá sobre o modo de se fazer esta conciliação (art. 40, § 3º).

Cumpre notar que se o servidor não contribuiu exclusivamente para o regime de previdência específico do servidor público, por haver estado vinculado não a ele, mas ao regime geral de previdência social, durante parte do tempo de contribuição, tal fato será tomado em conta. Com efeito, o referido § 3º reza: "Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei". Os que estejam na situação aludida e se aposentem antes da sobrevinda de tal lei só poderão ter seus proventos calculados na forma da legislação *ora vigente*.[36]

Tanto os proventos de aposentadoria quanto as pensões são reajustáveis, para "preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei" (§ 8º do art. 40, com a redação da Emenda 41, de 19.12.2003).

Nos termos do § 4º do art. 40, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005, não é permitida a adoção de

35. A Lei 9.796, de 5.5.1999, disciplina a compensação financeira entre o regime geral de previdência social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

36. Ou seja, a norma constitucional em questão é de eficácia limitada e, ao sobrevir, não afetará, segundo entendemos, o cálculo dos proventos de quem antes dela se aposentou.

requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, salvo quando se trate, nos termos definidos em lei complementar, de (I) servidores portadores de deficiência; (II) servidores que exerçam atividade de risco e (III) servidores cujas atividades sejam exercidas em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Afora estas hipóteses, a própria Constituição já estabelece que os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos de cinco anos para os professores cujo tempo de efetivo exercício seja exclusivamente em funções de magistério na educação infantil, ou no ensino fundamental e médio (§ 5º).

Salvo quando ocorrida em cargos acumuláveis, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria com base no regime previdenciário previsto no art. 40, § 6º. Quando ocorrida a hipótese de proventos acumuláveis entre si, a soma deles será detida no valor-limite correspondente ao teto de retribuição dos servidores estabelecido no art. 37, XI (subsídios dos Ministros do STF). Este mesmo limite se aplicará no caso de acúmulo de proventos com remuneração de cargo acumulável (art. 40, § 11).

h) Tratamentos específicos em atenção a situações transitórias

66. O sistema de aposentadoria e pensões implantado a partir da *Emenda 41* foi muitíssimo mais gravoso para os servidores que aquele que vigia anteriormente (o da Emenda 20, de 15.12.1998), pois, além de acabar com a aposentadoria com proventos integrais propriamente ditos, aportou exigências que dantes não existiam para a aposentação voluntária, isto é, veio a exigir uma idade mínima (60 anos para o homem e 55 para a mulher), um dado período de contribuição (35 anos para o homem e 30 para a mulher) e um certo tempo de efetivo exercício *no serviço público* (10 anos) e no cargo efetivo em que se daria a aposentadoria (5 anos).

Para prevenir alguma dúvida sobre a situação dos que já tinham aperfeiçoados seus direitos à aposentação ou concernentes a pensões, desde logo estabeleceu, em seu art. 3º e §§ 2º e 3º, que todos os que, à *data da publicação* da Emenda 41 (31.12.2003), já haviam completado, segundo a legislação até então vigente, os requisitos para aposentadoria ou o necessário para obter pensão ficaram naqueles mesmos termos assegurados em seus direitos. Ou seja: suas aposentadorias persistiram reguladas na conformidade daqueles requisitos e seus proventos bem como as pensões de seus dependentes

continuaram sob regência da legislação da época em que foram atendidos os requisitos para obtê-los ou nas condições da legislação vigente (§ 2º do art. 3º). Assim também, estatuiu que ditos proventos seriam revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, sendo-lhes estendidos quaisquer benefícios ou vantagens a estes posteriormente concedidos, ainda quando decorrentes de transformação ou reclassificação de cargo ou função (art. 7º da Emenda). Tais disposições, aliás, embora úteis para espancar quaisquer dúvidas, em rigor nada acrescentaram ao que já decorria da garantia constitucional da intangibilidade de direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos. Sem embargo, inconstitucionalmente, não foram dispensados, nem uns, nem outros, de contribuição previdenciária, embora lhes fosse atribuída uma forma de cálculo mais benéfica.

Além disto, a Emenda 41, de 19.12.2003, *publicada em 31 de dezembro*, tal como o fizera antes a Emenda 20/98,[37] previu em seu art. 2º (o qual, assim como os subsequentes, não se integrou no corpo da Constituição) uma modalidade de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais, garantida a permanente preservação de seu valor real nos termos da lei (§ 6º do art. 2º), para quem, havendo ingressado no serviço público *até a data da publicação daquela Emenda* (Emenda 20), pretendesse antecipar sua aposentadoria para evadir-se o mais possível às novas disposições.

De acordo com este dispositivo, quem, preenchido o aludido requisito, tendo (a) 53 anos, se homem, e 48, se mulher, (b) 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria, (c) tempo de contribuição no mínimo igual a 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher, somados a um período adicional (que, ao tempo da Emenda 20, era conhecido como "pedágio") equivalente a 20% do tempo que faltaria, na data da publicação da Emenda, para atingir o limite do tempo previsto (35 anos, se homem; e 30, se mulher), poderá aposentar-se, com proventos calculados na forma do art. 40, §§ 3º e 17, isto é, com a redação da Emenda 41, sofrendo uma redução nos proventos *para cada ano antecipado* em relação aos necessários para completar a idade de 60 anos, se homem, e 55, se mulher, na seguinte proporção: 3,5% para quem completar as exigências para aposentadoria até 31.12.2005 e 5% a partir de 1.1.2006. Neste caso, o tempo de serviço de magistrado, membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, exercido até a publicação da

37. Art. 8º.

Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, se homem, será contado com um acréscimo de 17% (§ 3º). Também será contado com este acréscimo e com o de 20%, se mulher, o tempo de professor, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério (§ 4º).

67. Além desta modalidade a Emenda, em seu art. 6º – ressalvando o direito à opção, seja por ela, seja pela forma comum, regrada no art. 40 –, assegurou aos que *ingressaram* no serviço público até a data de sua *publicação* (31.12.2003) o direito de virem a aposentar-se com proventos integrais, observado, quanto à revisão, o teto previsto no art. 37, XI, desde que atendidas as seguintes condições:

a) 20 anos de efetivo exercício no serviço público (e não apenas 10, como requerido no art. 40); e

b) 10 anos de carreira (requisito inexistente no art. 40), afora os mesmos 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, ou 55 de idade e 30 de contribuição, se mulher, e os 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria, desde que observadas as reduções de idade e tempo de contribuição previstas no § 5º do art. 40.

A revisão futura dos proventos de quem se aposente nestas condições – e o mesmo se passará com as pensões de seus beneficiários – ocorrerá na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, competindo-lhes as vantagens e benefícios que sejam posteriormente conferidos aos servidores em atividade, ainda quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo em que se deu a aposentadoria, observado, quanto à revisão, o teto previsto no art. 37, XI. É isto que dispõe o art. 2º da Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005.

67-A. De fora parte estas duas últimas modalidades transitórias a que se aludiu, a Emenda 47, de 5.7.2005, veio a introduzir mais uma em seu art. 3º. De acordo com ele, quem houver ingressado no serviço público até 16.12.1998 poderá, se o desejar, aposentar-se com proventos integrais desde que tenha: (a) 35 anos de contribuição, se homem e 30, se mulher; (b) 25 anos de efetivo exercício no serviço público; (c) 15 anos de carreira; (d) 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria e (d) se homem, idade correspondente a 60 anos menos 1 ano para cada ano em que haja excedido o tempo de 35 anos de contribuição ou, se mulher, 55 anos de idade menos 1 ano para cada ano que haja excedido o tempo de 30 anos de con-

tribuição. Para quem se aposentar nestes termos, os proventos e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, estendendo-se-lhes quaisquer vantagens ou benefícios que venham a ser concedidos aos servidores em atividade, mesmo quando fruto de transformação ou reclassificação.

i) Contribuição previdenciária

68. De acordo com o art. 40, com a redação que lhe foi dada pela Emenda 41, o caráter contributivo do regime de previdência dos servidores públicos será assegurado pela contribuição do respectivo ente público, dos *servidores ativos*, *inativos* e *pensionistas*.

A contribuição que Estados, Distrito Federal e Municípios cobrarão de seus servidores não terá alíquota inferior àquela que a União cobra de seus titulares de cargos efetivos (art. 149, § 1º, com a redação dada pela Emenda 41/2003).

No que concerne a aposentados e pensionistas dispõe o § 18 do art. 40 (introduzido pela Emenda 41) que contribuirão em percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos naquilo em que suas aposentadorias e pensões superarem o limite máximo estabelecido para o regime geral de previdência social (atualmente R$ 4.159,00). Se se tratar de portador de doença incapacitante a contribuição em apreço só incidirá sobre as parcelas que excedam o dobro desse montante, conforme preceitua o § 21 do art. 40, introduzido pela Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005.

Como ao diante se verá, a Emenda 41 (art. 4º), incorrendo em *grosseira inconstitucionalidade*, pretendeu alcançar também os que, à data de sua publicação (31.12.2003), já estavam aposentados ou no gozo de pensões, embora reduzindo para eles a base de cálculo da contribuição. Registre-se que esta espantosa ofensa a ato jurídico perfeito e direitos adquiridos foi amparada pelo Supremo Tribunal Federal, *que em teratológica decisão, no mês de agosto de 2004, fez submergir no país o princípio da segurança jurídica*. Ressalvem-se os votos dos Mins. Ellen Gracie, Carlos Brito, Marco Aurélio e Celso de Mello, cujos pronunciamentos magníficos interditam que o meio jurídico brasileiro entre em estado de completa desesperança e desencanto. A violência ao bom direito foi confirmada na decisão final proferida na mesma ADI 3.105-8, publicada em 9.3.2007.

69. Ciente de que o conjunto de novas disposições introduzidas por ela provocaria uma debandada, suscitando a aposentação dos que foram o alvo escolhido para suportar todos os gravames introduzidos, isto é, os melhor retribuídos – pois são eles que conferem nível técnico e de qualidade ao serviço público, garantindo o bom funcionamento da máquina do Estado (pois não são os agentes políticos nem os subalternos que lhe conferem a atuação técnica ou científica) –, a Emenda usou da contribuição previdenciária para tentar atraí-los a permanecerem na ativa até a compulsória. Assim, buscando retê-los, em três hipóteses *dispensou da contribuição previdenciária até que fossem colhidos pela compulsória* os servidores que:

a) já tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária *previstas no art. 40*, optassem por continuar na ativa (§ 19 do art. 40);

b) os que, podendo se aposentar, por haverem cumprido os requisitos da legislação precedente (art. 3º da Emenda) – portanto, não havendo nem mesmo exigência de idade mínima –, optassem por permanecer na ativa, desde que contassem com *30 anos* de contribuição, se homem, ou *25*, se mulher (§ 1º do art. 3º);

c) os que optassem por permanecer na ativa, podendo se aposentar com proventos proporcionais, uma vez cumprido um dado tempo de serviço adicional ("pedágio"), isto é: os garantidos pela modalidade específica de aposentação prevista no art. 2º (§ 5º do art. 2º da Emenda 41 – artigo, este, que, tal como os subsequentes, não integra o corpo da Constituição).

70. O art. 4º da Emenda, fazendo praça de escandaloso desprezo pelo Direito, estabeleceu que os inativos e os pensionistas *que já estavam fruindo dos correspondentes benefícios quando do advento dela*, tanto como os abrangidos pelo art. 3º (isto é, os que já haviam cumprido com base em legislação precedente requisitos para lhes obter concessão), ficam abrangidos pela obrigação da contribuição previdenciária e em percentual igual ao estabelecido para os titulares de cargos públicos. Sem embargo, dispôs que dita contribuição incidirá apenas sobre a parcela de proventos e pensões que supere 50% do limite máximo de benefícios do regime geral da previdência social, caso sejam vinculados às órbitas estaduais, distritais e municipais, ou 60%, se vinculados à União (parágrafo único, I e II).

Em despeito do *escandaloso e teratológico* respaldo que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, não é difícil perceber que a cobrança

de contribuição previdenciária dos que já eram inativos e pensionistas agride à força aberta o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, porquanto se propõe – como é solarmente evidente – a atingir situações conclusas. Chega mesmo a espantar a explícita desfaçatez da norma. É óbvio que emenda constitucional não pode atingir atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, pois estes estão protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, de acordo com o qual não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir "os direitos e garantias individuais". O ato jurídico perfeito e o direito adquirido neles estão expressamente inclusos (cf. art. 5º, XXXVI).

71. Ressalte-se que de nada valeria alegar que a vedação impede apenas a genérica abolição de tais garantias por via de emenda; não, porém, a de tais ou quais específicos direitos adquiridos ou atos jurídicos perfeitos. O absurdo de tal interpretação bem se visualiza no fato de que, se pudesse prosperar, as garantias em causa seriam o mesmo que nada. Deveras, bastaria produzir emendas eliminando sempre todos e quaisquer direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, contanto que se mantivesse na Constituição o texto que lhes prevê genérica salvaguarda. Menos ainda seria de admitir o irrisório argumento de que a expressão residente no art. 5º, XXXVI, é a de que *a lei* não os pode afetar, sendo que emenda não é lei.

72. De um lado, como percucientemente observou o eminente constitucionalista sergipano Carlos Ayres Britto, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, é visível que a expressão *lei* foi utilizada em sentido amplo, compreendendo qualquer espécie normativa, sendo que a emenda constitucional o é, pois inclusa nas figuras arroladas no art. 59 da Constituição. Efetivamente, de acordo com seus termos, "o processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções". Tanto é reconhecível que a expressão *lei* foi utilizada para abranger o conjunto destas espécies normativas que – conforme averbou o citado jurista – ninguém ousaria sustentar que o decreto legislativo, ou a resolução do Senado, ou a medida provisória, ou a lei complementar ou delegada, poderiam afetar direitos adquiridos ou atos jurídicos perfeitos pelo fato de não serem leis, simplesmente.

Por outro lado, como o que o art. 60, § 4º, IV, proíbe é que, por emenda constitucional, sejam atingidos direitos e garantias individuais, pouco importa que no art. 5º, XXXVI, se tenha falado em *lei*,

já que ninguém negará que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, induvidosamente, são direitos e garantias individuais. Aliás, para além da linguagem do art. 5º, XXXVI, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito persistiriam de todo modo protegidos, porquanto o § 2º deste mesmo artigo estatui que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte".

Derradeiramente, anote-se a extrema puerilidade do argumento segundo o qual o que está em pauta é tributação, razão por que descaberia invocar contra ela direito adquirido, pois ninguém tem direito adquirido a não ser tributado. É óbvio que existe direito a não ser tributado *de novo por aquilo que já foi pago*. Aliás, em rigor, o tema não seria de direito adquirido, mas de ato jurídico perfeito. Assim, se o servidor pagou contribuição previdenciária na ativa, como requisito para aposentar-se, não pode, após este evento, ser cobrado novamente, do mesmo modo que alguém que haja pago determinada taxa relativa a um certo exercício não pode ser de novo cobrado por isto, tal como não se pode pretender que pague outra vez o imposto de renda concernente a 2003, se já o fez regularmente.

73. De acordo com o art. 40, § 14, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *desde que instituam regime de previdência complementar para os respectivos servidores titulares de cargo efetivo* (regime, este, obediente a normas gerais a serem fixadas por *lei complementar*, como previsto no art. 40, § 15), poderão fixar para o valor de aposentadorias e pensões – a serem concedidas segundo o regime até aqui descrito – o limite máximo previsto no regime geral da previdência social para os benefícios nela previstos.

O § 15, com a redação que lhe deu a Emenda 41, estabelece que a iniciativa da lei em apreço será do "respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e §§, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida". Isto, entretanto, só mediante prévia e expressa opção poderá ser aplicado ao servidor que houver ingressado no serviço público antes da instituição do correspondente regime de previdência complementar (art. 40, § 16). Anote-se que a lei que instituiu dito regime – Lei 12.618, de 30.4.2012 – é lei ordinária, e não foi precedida de lei complementar, como teria que ser, à vista do art. 202 e parágrafos.

O limite máximo dos benefícios previsto no regime geral da previdência social havia sido fixado em R$ 2.400,00, mas hoje, já que se trata de valor reajustável, corresponde a R$ 4.159,00.

Para os servidores titulares de cargos efetivos não poderá haver mais de um regime próprio de previdência, nem mais de uma unidade gestora em cada ente estatal (art. 40, § 20).

j) Atualização de proventos e pensões

74. Embora a Constituição se reporte expressamente à revisão de "proventos de aposentadoria", estamos em que o disposto vale também para os proventos da disponibilidade, pois as razões inspiradoras do preceito valem igualmente para ambas as hipóteses.

A regra geral, como visto, é simplesmente a "atualização" do valor dos proventos. Apenas para alguns casos contemplados em normas transitórias, para atender a determinadas situações em curso, é que, conforme já se disse, foi previsto um tratamento total ou parcialmente igual ao que a Constituição lhes dava no passado.

Assim, foi reconhecido o direito à revisão de proventos e pensões na mesma proporção e na mesma data em que se modifique a remuneração dos servidores em atividade, com as vantagens e benefícios que sejam posteriormente conferidos aos servidores em atividade, ainda quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo em que se deu a aposentadoria, observado, quanto à revisão, o teto previsto no art. 37, XI, nas seguintes hipóteses:

I – Por força do § 2º do art. 3º da Emenda 41, aos que à data da publicação desta Emenda já tinham cumprido todos os requisitos até então exigidos para obtenção da aposentadoria ou pensão.

II – Por força do art. 7º da Emenda 41 aos que à data de sua publicação, (a) já estivessem na fruição de aposentadoria ou pensões, bem como (b) já houvessem completado, a teor do art. 3º, os requisitos previstos para sua concessão na conformidade da legislação precedente.

III – Por força do art. 2º da Emenda 47, de 5.7.2005, aos que se aposentem com base no art. 6º da Emenda 41.

IV – Por força do parágrafo único do art. 3º da Emenda 47, aqueles que se tenham aposentado com base na cabeça deste mesmo artigo.

Registre-se que em todos estes casos as normas aplicáveis pretendem que, de toda sorte, terá de ser respeitado o teto previsto no art. 37, XI. Anote-se que esta limitação ao teto à qual se remete este art. 7º, para manter-se no plano da constitucionalidade, terá de se cifrar aos casos em que a aplicação do teto não implique redução de proventos ou pensões. É que o art. 37, XV, estabelece a irredutibilidade de subsídios e vencimentos. Ora, na medida em que proventos e pensões estejam a eles atrelados, não se pode reduzi-los, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, pena de ofensa a direito adquirido e às implicações do ato jurídico perfeito concessivo da aposentadoria ou da pensão.

XII. Os cargos públicos

75. Uma vez que o regime de cargo haverá de ser o predominante nas pessoas jurídicas de Direito Público, cumpre estudá-lo com alguma detença.

a) Criação e extinção. Declaração de desnecessidade

76. Conforme já se disse, os cargos públicos são criados por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas (ainda que seus vencimentos sejam fixados por lei).

A extinção de cargos públicos dar-se-á através de atos da mesma natureza, podendo também, quando pertinentes ao Poder Executivo, ser extintos "na forma da lei", pelo Chefe deste Poder, conforme prevê o art. 84, XXV, da Constituição. Isto significa que a lei *pode* enunciar termos, condições e especificações, no interior dos quais procederá o Chefe do Executivo. *A fortiori*, deve-se entender que é também atribuição deste, nas mesmas condições, "declarar-lhes a desnecessidade", situação prevista no § 3º do art. 41, caso em que seus preenchimentos ficarão como que desativados.

b) Classificação dos cargos

77. Os cargos públicos, quanto à sua posição no "quadro", classificam-se em (I) *de carreira* ou (II) *isolados*.

Quadro é o conjunto de cargos isolados ou de carreira.

Os cargos serão (I) *de carreira* quando encartados em uma série de "classes" escalonada em função do grau de responsabilidade e nível de complexidade das atribuições.

Classe é o conjunto de cargos da mesma natureza de trabalho.

Os cargos dizem-se (II) *isolados* quando previstos sem inserção em carreiras.

78. Os cargos também são classificáveis quanto à sua vocação para retenção dos ocupantes. De acordo com este critério, dividem-se em: cargos de provimento *em comissão*, cargos de provimento *efetivo* e cargos de provimento *vitalício*, conforme predispostos, respectivamente, a receber ocupantes transitórios, permanentes ou com uma garantia ainda mais acentuada de permanência.

Cargos em comissão

79. Os cargos de provimento *em comissão* (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo (cf. art. 37, V, da CF).[38]

38. Estes cargos e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes dos escândalos encontradiços no serviço público porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, carecendo de grandes compromissos com elas, são alheios aos freios que disto lhes resultariam. Ademais, porque, ainda quando recolhidos nestas carreiras, como lhes corresponde uma remuneração elevada em relação aos padrões correntes no Estado, quem os venha a ocupar tem grande interesse em conservá-los e, pois, em se evadir dos riscos da livre exoneração a que estão sujeitos, razão pela qual são manipuláveis à vontade por seus superiores, agentes políticos, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quando incorretos. Ditos cargos deveriam ser reduzidas a um mínimo possível e, sobretudo, excluídos da possibilidade do exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham para diminuir os escândalos na Administração. É óbvio que quanto maior for o número de cargos em comissão, maior será a possibilidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a trocas de favores entre o Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal

Anote-se que é absolutamente inadmissível que titulares de cargo em comissão possam emitir "pareceres técnicos" e, se o fizerem, *tais pareceres*, conforme correta advertência de Carolina Zancaner Zockun, *serão inaptos a oferecer suporte jurídico prestante para quem os siga*.

Cargos de provimento efetivo

80. Os cargos de provimento *efetivo* são os predispostos a receberem ocupantes em caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos.

A aludida fixidez é uma característica do cargo (uma vocação deste), não de quem nele venha a ser provido. Seu titular só após *três anos* de exercício, período que corresponde ao *estágio probatório*, é que nele se efetiva e adquire estabilidade, se avaliado favoravelmente.

Em sentido contrário, o STJ, no MS 12.397, de 9.4.2008 e publicado em 16.6.2008 – e já havia um precedente do mesmo Tribunal neste sentido – entendia que não há confundir o prazo para aquisição da estabilidade com o prazo do estágio probatório, o qual corresponde ao interregno de avaliação do servidor para que se decida se este tem ou não condições para permanecer no cargo. De acordo com tal julgado o prazo do estágio probatório é menor do que o prazo para aquisição da estabilidade, ou seja, seria de 24 meses. Hoje, já reviu tal entendimento, que nunca nos pareceu correto.

Com efeito, a estabilidade e consequente efetivação só não existe antes dos três anos (art. 41 da Lei Maior) porque a Constituição reputou ser este o período necessário para que se procedesse a avaliação especial de desempenho de cujo juízo favorável depende sua aquisição (§ 4º do mesmo art. 41). Logo, tanto o prazo do estágio probatório, quanto o da estabilização haverão de ser os mesmos, não mais prevalecendo, o art. 20 do Estatuto ante o regramento constitucional estabelecido a partir da Emenda 19, de 4.6.1998. Foi isto mesmo o que, em decisão monocrática, decidiu o Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em 25.11.2008, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 290, interposta pela União contra essa decisão da Justiça Federal no Rio.

desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo.

81. Efetivação – A estabilidade em cargo de provimento efetivo é que se chama *efetivação*.

82. Estabilidade – É o direito de não ser *demitido* do serviço público, salvo se incidir em falta funcional grave, apurada em processo judicial ou processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou em consequência de avaliação periódica de desempenho, igualmente assegurada ampla defesa.

O "Emendão" corrompeu a ideia de estabilidade, ao introduzir como hipótese autônoma de desligamento do servidor a avaliação periódica de desempenho. Este enfraquecimento da estabilidade – obviamente conveniente para manipulação do servidor em proveito dos interesses eventuais dos governantes de turno –, segundo todas as probabilidades, não prevalecerá, em juízo, fora das hipóteses nas quais já seria possível demitir o servidor.

Tem sido tradição constitucional brasileira conferir estabilidade a servidores admitidos irregularmente, isto é, sem concurso, os quais, bem por isto, não ingressavam em cargos.[39] Dizia-se que exerciam "funções", e em tempos mais afastados eram denominados "extranumerários". Uma vez que, por força destas estabilizações, passavam a existir servidores estáveis sem cargo, costumava-se dizer que a estabilidade é no "serviço público". Cumpre, entretanto, advertir que a estabilidade confere o direito de permanecer no serviço público *vinculado à atividade da mesma natureza de trabalho para a qual o servidor ingressou*.

83. Demissão e exoneração – *Demissão* é o desligamento do cargo com caráter sancionador. Corresponde a uma expulsão, aplicável nas hipóteses legalmente previstas. Não se confunde com exoneração.

Exoneração é o desligamento sem caráter sancionador, e tanto pode ter lugar "a pedido" do servidor quanto *ex officio*, isto é, por deliberação espontânea da Administração, nos seguintes casos: (I) quando se tratar de desinvestir alguém de um cargo em comissão; (II) quando, em cargo de provimento efetivo e antes de completado o triênio para estabilidade, o servidor se revela inadequado ao cargo e a Administração o desliga depois de regular aferição de sua ausência de capacidade

39. Foi o que também fez a atual Constituição, no art. 19 de suas Disposições Transitórias, outorgando tal benefício aos servidores da Administração direta, autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público que estivessem em exercício, na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados.

para permanecer; (III) quando, na avaliação periódica de desempenho, este haja sido considerado insatisfatório; (IV) quando o servidor, depois de nomeado e empossado, não entrar em exercício no prazo legal; (V) quando o servidor incorrer, de boa-fé, em acumulação proibida, sendo-lhe permitido optar pelo cargo em que deseja persistir.

Cargos vitalícios

84. Os cargos de provimento *vitalício* são, tal como os efetivos, predispostos à retenção dos ocupantes, mas sua vocação para retê-los é ainda maior. Os que neles hajam sido prepostos, uma vez vitaliciados, só podem ser desligados mediante processo judicial. Tal vitaliciamento dar-se-á após dois anos de exercício em cargo da Magistratura (art. 95, I) a que se haja acedido por concurso ou imediatamente em seguida à posse nos casos constitucionalmente previstos de nomeação direta para Magistrado de Tribunal ou para cargo de Ministro do Tribunal de Contas.

São cargos vitalícios unicamente os de Magistrado (art. 95, I), os de Ministro (ou Conselheiro, que é sua designação nas esferas distrital, estaduais e municipais) do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º) e de Membro do Ministério Público, cujo vitaliciamento também se dá após dois anos de exercício (art. 128, § 5º, I, "a").

c) Lotação dos cargos e "redistribuição"

85. Todos os cargos existentes encontram-se "lotados" em algum quadro. Quadro, como se disse, é o conjunto de cargos isolados e de carreira. Na órbita federal há tantos quadros quantas sejam as unidades básicas de organização (Presidência da República e Ministérios).

O número total dos cargos de cada quadro é o que se denomina sua "lotação". A modificação da lotação de um quadro, pela passagem de cargo nele incluso para outro quadro – que tradicionalmente se denominava como relotação –, atualmente, na esfera federal, se designa, conforme a Lei 8.112, "redistribuição" (art. 37).

XIII. O provimento em cargo público: conceito e formas

86. O ato de designação de alguém para titularizar cargo público denomina-se *provimento*. O provimento dos cargos – com a ressalva adiante feita (n. 89), ao se tratar da nomeação – é sempre da

alçada do Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) em que estejam integrados.

87. A Lei federal 8.112, de 11.12.1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu art. 8º, relaciona as seguintes formas de provimento de cargo: (a) *nomeação*; (b) *promoção*; (c) *readaptação*; (d) *reversão*; (e) *aproveitamento*; (f) *reintegração*; e (g) *recondução*. A Lei 9.527, de 10.12.1997, extinguiu as figuras da "transferência" e da "ascensão".

88. Ditas formas podem ser assim organizadas, de acordo com a excelente sistematização do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:[40] a) provimento *autônomo* ou *originário*; e b) provimentos *derivados*, os quais compreendem hipóteses de derivação *vertical*, derivação *horizontal* e derivação por *reingresso*.

a) Provimento autônomo ou originário

Nomeação

89. O provimento *autônomo* ou *originário* é aquele em que alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com cargo público. Vale dizer, o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido. Por isto se diz autônomo ou, então, originário.

A única forma de provimento originário é a *nomeação*, a qual se define, pois, como o provimento autônomo de um servidor em cargo público.

90. O provimento por nomeação é da alçada do Chefe do Poder Executivo, para os cargos da Administração Central, e se faz por decreto (art. 84, XXV, da Constituição Federal). Entretanto, tal competência é delegável aos Ministros (parágrafo único do mesmo artigo). Nesta hipótese será por eles efetuada mediante portaria. Há alguns cargos estranhos ao Executivo que, por expressa previsão constitucional, também são providos pelo Chefe do Executivo. Isto sucede com cargos de Magistrados de Tribunais e de Ministros

40. Cf. "Princípios do estatuto do agente público", *RDP* 3/9 ss., janeiro-março/1968, e *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 372 e ss. No esquema do autor procedemos às devidas adaptações, diante das específicas figuras de provimento excluídas ou incluídas pela atual legislação da União.

(Conselheiros) do Tribunal de Contas. Já, os cargos de juiz singular e dos serviços auxiliares do Judiciário são providos pelos Presidentes dos Tribunais a cuja órbita estejam afetos (art. 96, I, "c" e "e"). Os cargos dos serviços auxiliares da Câmara ou do Senado são providos pelos Presidentes da Câmara ou do Senado, conforme se liguem a uma ou outra destas Casas (arts. 51, IV, e 52, XIII).

Posse

91. Não basta a nomeação para que se aperfeiçoe a relação entre o Estado e o nomeado. Cumpre que este *tome posse*, que é o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem servir e deve ser precedida por inspeção médica. Com a posse ocorre a chamada "investidura" do servidor, que é o travamento da relação funcional. Márcio Cammarosano, em monografia preciosa, anota: "(...) o provimento diz respeito ao cargo, enquanto a investidura é concernente à pessoa. O cargo é provido, alguém é investido. A distinção decorre, portanto, do ângulo de observação: se tenho em vista o cargo, refiro-me ao provimento; se a pessoa que o titulariza, refiro-me à investidura".[41]

O servidor deve tomar posse em 30 dias contados da publicação do ato de provimento, sob pena de sua nomeação caducar, isto é, perder o efeito (art. 13 e § 6º da Lei 8.112). Depois da posse, dispõe de 15 dias para *entrar em exercício*, isto é, para colocar-se à disposição da repartição em que vai desempenhar suas funções, findos os quais, se omitir-se em fazê-lo, será exonerado (art. 15 e parágrafos da lei citada).

Nos termos do art. 19 da Lei 8.112, relativa aos servidores federais, com a redação dada pela Lei 9.527, de 10.12.1997, o servidor cumprirá jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de 40 horas e observados os limites mínimo e máximo de 6 horas e 8 horas diárias, respectivamente, ressalvadas disposições de leis especiais.

A MP 1.917, de 29.7.1999, hoje 2.174-28, de 24.8.2001, que instituiu no âmbito do Poder Executivo da União o Programa de Desligamento Voluntário – PDV, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da Administração Pública

41. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*, Ed. RT, 1984, pp. 25-26.

direta, autárquica e fundacional, no tocante à jornada de trabalho prevê, salvo para carreiras, cargos e situações que especifica, aos que o desejarem, redução da jornada de trabalho nos termos que ali estabelece, com proporcional diminuição da remuneração.

b) Provimentos derivados

92. Os provimentos *derivados*, como o nome o indica, são aqueles que derivam, ou seja, que se relacionam com o fato de o servidor ter ou haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Nele se radica a causa do ulterior provimento. O provimento derivado, consoante dito, pode ser vertical, horizontal ou por reingresso.

Provimento derivado vertical (promoção)

93. *Provimento derivado vertical* é aquele em que o servidor é guindado para cargo mais elevado. Efetua-se através de *promoção*[42] – por merecimento ou antiguidade, critérios alternados de efetuá-la.

94. *Promoção* é a elevação para cargo de nível mais alto dentro da própria carreira.

Provimento derivado horizontal (readaptação)

95. *Provimento derivado horizontal* é aquele em que o servidor não ascende, nem é rebaixado em sua posição funcional. Com a extinção legal da transferência, o único provimento derivado horizontal é a readaptação (a qual, aliás, não é senão uma modalidade de transferência).

96. *Readaptação* é a espécie de transferência efetuada a fim de prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superve-

42. No Estado de São Paulo este instituto (que na União, como é normal, tem o nome de "promoção") denomina-se "acesso". Há em São Paulo, entretanto, outro instituto – que não é forma de provimento –, ao qual se atribui o nome de "promoção". Corresponde ao que se designa, habitualmente, como "promoção horizontal", em que não há mudança de cargo, mas simples elevação de uma parcela integradora dos vencimentos, ora por antiguidade, ora por merecimento, concebida como forma de estímulo ao servidor que, em despeito de seu tempo de serviço no cargo, ou do bom desempenho dele, não tem como ascender, por estarem preenchidos os escalões superiores.

niente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica.

Provimento derivado por reingresso
(reversão, aproveitamento, reintegração e recondução)

97. O *provimento derivado por reingresso* é aquele em que o servidor retorna ao serviço ativo do qual estava desligado. Compreende as seguintes modalidades: a) *reversão*; b) *aproveitamento*; c) *reintegração*; e d) *recondução*.

98. (a) *Reversão* é o reingresso do aposentado no serviço ativo, *ex officio* ou "a pedido", por não subsistirem, ou não mais subsistirem, as razões que lhe determinaram a aposentação; ou seja, por ter sido erroneamente decidida ou porque, em inspeção médica, apurou-se a ulterior superação das razões de saúde que a estribavam. Na legislação federal é admitida a reversão, seja quando junta médica oficial declarou insubsistentes os motivos da aposentadoria por invalidez, seja no interesse da Administração, desde que (a) o aposentado tenha solicitado a reversão, (b) sua aposentadoria haja sido voluntária, (c) se trate de servidor que era estável, (e) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores ao pedido de reversão.

99. (b) *Aproveitamento* é o reingresso do servidor estável, que se encontrava em disponibilidade, no mesmo cargo dantes ocupado ou em cargo de equivalentes atribuições e vencimentos compatíveis.

Disponibilidade, relembre-se, é o ato pelo qual o Poder Público transfere para a inatividade remunerada *servidor estável* cujo cargo venha a ser extinto ou ocupado por outrem em decorrência de reintegração, sem que o desalojado proviesse de cargo anterior ao qual pudesse ser reconduzido e sem que existisse outro da mesma natureza para alocá-lo. A disponibilidade, nos próprios termos da CF, dar-se-á com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

100. (c) *Reintegração* é o retorno de servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, que dantes ocupava, ou, não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral reparação dos prejuízos que lhe advieram do ato injurídico que o atingira. Tal reconhecimento tanto pode vir de decisão administrativa como judicial.[43]

43. No Estado de São Paulo só pode provir de decisão judicial.

101. (d) *Recondução* é o retorno do servidor estável ao cargo que dantes titularizava, quer por ter sido inabilitado no estágio probatório relativo a outro cargo para o qual subsequentemente fora nomeado, quer por haver sido desalojado dele em decorrência de reintegração do precedente ocupante.

XIV. Direitos e vantagens dos servidores públicos estatutários

102. Cabe examinar, agora, outros direitos e vantagens dos servidores públicos civis, isto é, dos titulares de cargo público, tal como previstos na órbita da União pela Lei federal 8.112, de 11.12.1990, que disciplina a matéria para a referida esfera. Os direitos e vantagens são imensamente numerosos e da mais variada ordem, podendo ser, desde logo, distinguidos entre os que (a) beneficiam diretamente o *servidor* e os que (b) beneficiam *dependentes* seus.

a) Direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor

103. Tais direitos e vantagens podem ser, inicialmente, divididos, de modo esquemático, em três categorias fundamentais: de *ordem pecuniária* (na ativa), de *ausência ao serviço* e *aposentadoria*.

Direitos e vantagens de ordem pecuniária

104. Os de ordem pecuniária compreendem os *subsídios*, os *vencimentos* e as *vantagens pecuniárias*.

Subsídio, conforme dantes se viu, é modalidade remuneratória de certos cargos, introduzida pelo "Emendão", por força da qual a retribuição que lhes concerne se efetua por meio dos pagamentos mensais de *parcelas únicas*, ou seja, indivisas e *insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie*.

Sobre o assunto, no que concerne ao arrolamento dos *cargos remunerados ou remuneráveis deste modo* e, inclusive, quanto às ressalvas cabíveis à vedação de acréscimos de qualquer espécie, remetemo-nos ao que já foi anteriormente exposto (n. 32).

Vencimento é a retribuição pecuniária fixada em lei pelo exercício de cargo público (art. 40 da Lei 8.112). O valor previsto como correspondente aos distintos cargos é indicado pelo respectivo *padrão*. O vencimento do cargo mais as vantagens pecuniárias permanentes instituídas por lei constituem a *remuneração* (art. 41).

105. De acordo com a sistematização da Lei 8.112 (art. 49), existem três espécies de *vantagens pecuniárias* (indenizações, gratificações e adicionais), mas, em verdade, são de quatro ordens, pois ainda há outras catalogadas como "benefícios" da seguridade social. Vejamo-los.

106. (a) *Indenizações* (art. 51), cuja finalidade é ressarcir despesas a que o servidor seja obrigado em razão do serviço, compreendendo (1) *ajudas de custo*, para acudir a despesas que o servidor tenha de fazer em razão de mudança permanente de domicílio, quando for designado para ter exercício em nova sede, e se calculam sobre a remuneração do servidor, não podendo exceder importância correspondente a três meses (arts. 53 e 54); (2) *diárias*, para enfrentar gastos com deslocação transitória e eventual, a serviço, para outro ponto do território nacional ou para o exterior (art. 58); (3) *transporte*, para suprir dispêndios do servidor que, em veículo próprio, deva realizar serviço externo, por força das atribuições próprias do cargo (art. 60); e (4) *auxílio-moradia*, acrescentado pela Lei 11.355, de 19.10.2006, para acobertar gastos comprovados com locação ou despesas de hotelaria (neste último caso, por um mês) efetuados pelo servidor que tenha mudado do local de residência para ocupar cargo em comissão ou de confiança de alto nível, tais os de Ministro ou equivalente, cargo de natureza especial e certos cargos de direção e assessoramento superior, por um prazo máximo de cinco anos e com valor limitado pelo que a este título o Ministro receba, além de não poder superar 25% da retribuição correspondente ao cargo em comissão (arts. 60-A e ss.).

107. (b) *Gratificações* (art. 61, I, II e IX), compreensivas de três espécies de acréscimos: 1) pelo *exercício de função de direção, chefia, assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial* (art. 62); 2) *natalina*, a qual corresponde a 1/12 da remuneração a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano (art. 63); e 3) por *encargo de curso ou concurso*, a quem atuar como instrutor em curso instituído no âmbito da Administração Federal ou participar, fiscalizar, avaliar ou supervisionar banca examinadora ou de comissão de análise de currículos, concursos públicos, exames vestibulares e outros da vida interna da Administração. Seu valor será calculado em horas por um percentual que varia de 1,2% até 2,2% sobre o do maior vencimento básico da Administração Federal, conforme a atividade, a teor do art. 76-A, introduzido pela Lei 11.314, de 3.7.2006. Tal pagamento não

poderá ser superior a 120 horas de trabalhos anuais, ressalvada a situação de excepcionalidade, em que se admitirá sua prorrogação por igual período. A gratificação por encargo de curso ou concurso não se incorpora ao vencimento ou salário do servidor para qualquer efeito.

108. (c) *Adicionais* (art. 61, IV a VIII), de muito variados tipos (o antigo adicional por tempo de serviço foi extinto pela inconstitucional MP 1.909-15, de 29.6.1999, hoje 2.225-45, de 4.9.2001), 1) *pelo exercício de atividades insalubres, penosas ou perigosas*, devido aos que trabalhem com habitualidade sob tais condições (art. 68); 2) *por serviço extraordinário*, episódico e limitado a duas horas além da jornada normal, correspondendo a um acréscimo de 50% sobre a remuneração da jornada normal (art. 73); 3) *por trabalho noturno*, implicando um acréscimo de 25% ao valor da hora de trabalho realizado entre 22h e 5h, computando-se cada hora como 52 minutos e 30 segundos (art. 75); 4) *de férias*, devido por ocasião das férias remuneradas do servidor, consistente em 1/3 da remuneração que lhe seria devida naquele período (art. 76). A Lei 8.112 refere a possibilidade de *outros adicionais, relativos ao local ou à natureza do trabalho*, que, evidentemente, só por lei podem ser criados (art. 61, VIII).

109. (d) *Benefícios* da "seguridade social", e em que se encartam o (1) *auxílio-natalidade*, que é importância correspondente ao menor vencimento do serviço público, devida à servidora por motivo de nascimento de filho ou ao cônjuge ou companheiro da parturiente, se esta não for servidora (art. 196), e o (2) *salário-família*, na conformidade de valores estabelecidos em lei, ao servidor da ativa ou inativa, por dependente econômico (art. 197).

Direitos de ausência ao serviço

110. Os direitos e vantagens que implicam ausência ao serviço são os seguintes: a) *férias*; b) *licenças*; e c) *afastamentos*. Entre licenças e afastamentos não há diferença, senão a de nomes. Aliás, alguns afastamentos foram rotulados pela Lei 8.112 como "concessões" e outros foram previstos sem qualquer designação. Há 12 espécies de licenças e 12 variedades de afastamentos, perfazendo um total de 24 variedades de direitos de ausência ao serviço, tirantes as férias.[44]

44. A Lei 8.112, em seu art. 81, faz um arrolamento das licenças. Entretanto, além das 7 variedades ali mencionadas, há outras 5 – e expressamente referidas como

111. (a) As *férias* constituem-se em direito a um descanso anual, por 30 dias consecutivos, e a que se faz jus a partir da completude do primeiro ano de exercício, sendo remuneradas com 1/3 além da retribuição normal do servidor. Em razão de necessidade de serviço, as férias podem ser acumuladas até o máximo de dois períodos (art. 77).

112. (b) As *licenças* nada mais são além de afastamentos do serviço *pleiteados* pelo servidor, salvo em dois casos em que podem ocorrer independentemente disto: 1) o de licença *para tratamento de saúde*, se a Administração verificar que é necessária (art. 202); e 2) o de *licenciamento compulsório* de servidor candidato a cargo eletivo *na localidade onde exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização*, do qual será *ex vi legis* afastado a partir do dia imediato ao registro de sua candidatura até o 10º dia após as eleições (art. 86, § 1º).

113. Múltiplas são as razões previstas em lei como ensejadoras de pedido de licença. Presentes as condições de sua outorga, constituem-se em *direito* do servidor, à exceção de duas: para tratar de interesses particulares e para capacitação profissional. Estas, a Administração concederá ou não, dependendo das conveniências públicas.

Em *10 espécies de licença* o servidor continua a receber sua remuneração e, dentre elas, em *sete* seu tempo de serviço é contado para todos os efeitos legais; em *uma* outra apenas não o é para fins de promoção por merecimento e em outras *duas* o tempo só é contado para fins de aposentadoria e disponibilidade. Tão somente em *duas* modalidades o servidor não tem direito nem à remuneração nem à contagem de tempo de serviço.

114. Dar-se-ão *com direito à remuneração e contagem de tempo de serviço para todos os efeitos legais* as seguintes licenças: 1) *para tratamento de saúde*, até o limite de 2 anos[45] (art. 202, c/c art. 102,

tais – nos arts. 202, 207, 208, 210 e 211, inclusas no título que trata da "Seguridade Social do Servidor". Donde, há *12 espécies de licença*. Assim, também, a lei só menciona, com o rótulo de "afastamentos", 3 tipos, referidos nos arts. 93, 94 e 95. Entretanto, sob o *nomen juris* de "concessões" cogita de outros 4, constantes dos arts. 97, I e II, e nas letras "a" e "b" do inciso III, e, sem nominação alguma, ainda prevê mais 5 hipóteses, no art. 102, IV, VI, IX, X e XI, o que vem a perfazer *12 variedades de afastamentos*.

45. De acordo com o art. 188, § 2º, após este período de dois anos o servidor será aposentado se persistir sem adequadas condições de saúde e não puder ser readaptado. Este dispositivo está em contradição com o previsto no art. 103, VII, de

VIII, "b"); 2) *à gestante*, por 120 dias, a partir do 9º mês de gravidez, salvo antecipação por prescrição médica (art. 207, c/c art. 102, VIII, "a"); 3) *paternidade*, por 5 dias, pelo nascimento ou adoção de filho (art. 208, c/c art. 102, VIII, "a"); 4) *para a servidora adotante* ou que obtiver a guarda judicial de criança, por 90 dias se esta tiver menos de 1 ano, ou 30 dias, se tiver mais (art. 210 e parágrafo único, c/c art. 102, VIII, "a"); 5) *por acidente em serviço*[46] (art. 211, c/c art. 102, VIII, "d"). Todas estas licenças referidas estão previstas como "benefícios da seguridade social"; 6) *para prestação de serviço militar*, na forma da legislação específica (art. 85, c/c arts. 100 e 102, VIII, "f"); 7) *para realizar curso de capacitação profissional, após cada quinquênio, no interesse da Administração*, por um período de até 3 meses (art. 87, c/c art. 102, VIII, "e").[47]

Dar-se-ão *com remuneração e contagem de tempo de serviço apenas para disponibilidade e aposentadoria*: 8) para *candidatura a atividade política*, desde seu registro até 10 dias depois do pleito eleitoral (art. 86, § 2º, c/c art. 103, III);[48] 9) *por motivo de doença em pessoa da família*, pelo prazo de até 30 dias, prorrogáveis por igual período, mediante parecer de junta médica oficial[49] (art. 83 e parágrafos, c/c art. 103, II).

acordo com o qual, excedido o prazo de dois anos, o tempo de serviço do servidor será contado apenas para efeitos de aposentadoria e disponibilidade. Parece-nos que, tendo o referido inciso sido introduzido pela Lei 9.527, de 10.12.1997, posteriormente aos dispositivos anteriormente mencionados, prevalecerá o entendimento que decorre deste último, isto é, o de que pode haver licença por motivo de saúde cuja prorrogação ou prorrogações levem-na a ultrapassar dois anos.

46. Entende-se como tal o dano físico ou mental que se relacione imediata ou mediatamente com as atribuições do cargo ou que o servidor haja sofrido durante o percurso da residência para o trabalho, ou, ainda, decorrente de agressão sofrida no exercício do cargo e por ele não provocada (art. 212 e parágrafo único).

47. V. o Decreto 2.794, de 1.10.1998, art. 13.

48. A remuneração será apenas pelo período de três meses. Ressalve-se que dita licença para candidatura à atividade política também é concedida, *mas sem remuneração e sem contagem de tempo de serviço, para o período que mediar entre sua escolha em convenção partidária e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.*

49. Excedidos estes prazos, a licença passará a ser sem remuneração e sem contagem de tempo de serviço e não excederá 90 dias. Considera-se "família", para os fins desta licença, o cônjuge ou companheiro, os pais, padrasto ou madrasta, filhos, enteado ou dependente, que vivam a suas expensas e constem do seu assentamento funcional, se a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horários. Excedidos os prazos referidos, a sobredita licença persistirá, mas sem remuneração.

Dar-se-á *sem remuneração, mas com contagem de tempo* (salvo para efeito de promoção por merecimento): 10) *para desempenho de mandato classista* (art. 92, c/c art. 102, VIII, "c").

Dar-se-ão *sem remuneração e sem contagem de tempo de serviço*: 11) *por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro* deslocado para outro ponto do território nacional, para o Exterior, ou em razão de mandato eletivo no Executivo ou Legislativo. Tal licença é por tempo indeterminado (art. 84 e § 1º); 12) *para tratar de interesse particular*, deferível a servidor estável, por um período de até 3 anos consecutivos, a qual pode ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço (art. 91).

115. Além destas que são deferíveis sem remuneração e sem contagem de tempo de serviço, há, dentre as catalogadas como outorgáveis com remuneração e contagem de tempo para aposentadoria e disponibilidade, duas que, *dependendo de sua compostura*, irão se incluir entre as que não ensejam nem remuneração nem contagem de tempo de serviço. É o caso da licença para atividade política, *concernente ao período posterior à escolha do servidor, em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, **mas anterior ao registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral***, e o caso da licença por motivo de doença em pessoa da família, *uma vez excedido o prazo de 60 dias e de sua eventual prorrogação por até 90 dias* (conforme observado nas notas de rodapé 44 e 45).

De fora parte o arrolamento e a sistematização feita das distintas licenças, há de ser acrescentada a recente licença sem remuneração, mas com incentivos, sejam em pecúnia, sejam de outra natureza, concebida com objetos de estimular o desligamento do servidor público dos quadros da Administração, a qual foi introduzida pela inconstitucional MP 1.917, de 29.7.1999, hoje 2.174-28, de 24.8.2001, anteriormente tratada no n. 29 deste capítulo, ao qual nos reportamos.

116. (c) Os *afastamentos*, tal como as licenças, são direitos de ausência ao serviço, cabíveis por variadas razões.

São *12* as hipóteses de afastamento, embora sob tal titulação a lei refira apenas 3: 1) *para servir a outro órgão ou entidade*, por tempo indeterminado (art. 93, c/c art. 102, II e III); 2) *para exercício de mandato eletivo*, durante o prazo de sua duração (art. 94, c/c art. 102, V);[50] 3) *para estudo ou missão no Exterior*, quando autorizado, até o máximo de 4 anos (art. 95 e § 1º, c/c art. 102, VII).

50. Observe-se que tempo de mandato *anterior ao ingresso no serviço público* é suscetível de ser contado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade, conforme o art. 103, IV.

Há, todavia, *mais 4* que a lei nominou como "concessões": 4) *para doar sangue*, por 1 dia (art. 97, I); 5) *para alistar-se como eleitor*, por 2 dias (art. 97, II); 6) *por motivo de casamento* ("gala"), por 8 dias (art. 97, III, "a"); e 7) *por falecimento de cônjuge, companheiro, pais, padrasto, madrasta, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos*, também por 8 dias (art. 97, III, "b").

Afora estes últimos, ainda foram previstos *outros 5*, já agora *inominadamente* e só de modo genérico referidos pela lei como afastamentos ao tratar do tema da contagem de tempo de serviço: 8) *para participar de programa de treinamento regularmente instituído* (art. 102, IV); 9) *para júri e outros serviços obrigatórios por lei* (art. 102, VI); 10) *por deslocamento para nova sede, remoção, redistribuição, requisição ou cessão*, por um período de 30 dias (art. 18, c/c art. 102, IX); 11) *para participar de competição desportiva nacional ou para integrar representação desportiva nacional*, segundo o estabelecido em legislação específica (art. 102, X);[51] e 12) *para servir em organismo internacional* do qual o Brasil participe ou com o qual coopere (art. 102, XI).

117. Dentre os *12 casos* de afastamento, *5 são direitos* do servidor que irrompem diretamente da hipótese legal, uma vez preenchidos seus requisitos objetivos. A saber: para exercer mandato eletivo, para doar sangue, para alistar-se como eleitor, por motivo de casamento, por falecimento de cônjuge ou parente. Os demais resultam ou dependem de uma decisão administrativa discricionária.

118. Todos os afastamentos ocorrem com a *contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais*, deles ressalvada em um único caso – o de afastamento para mandato político, em que a contagem não se faz para fins de *promoção por merecimento*.[52] Os afastamentos serão sem prejuízo da *remuneração* também em quase todas

51. O art. 103, ao regular a contagem do tempo de serviço em tal hipótese, menciona-a como "licença"; entretanto, a incluímos como hipótese de "afastamento", por não estar catalogada entre as modalidades de licença previstas no art. 81 (que discrimina as hipóteses), nem, obviamente, entre os "benefícios da seguridade social" arrolados como "licenças".

52. Deveras, os quatro afastamentos denominados "concessões" verificar-se-ão "sem qualquer prejuízo" para o servidor, conforme estabelece o art. 97, *caput*; todos os outros estão contemplados nas regras atinentes à contagem de tempo de serviço, estabelecidas pelo art. 102 como hipóteses de "efetivo exercício", sem restrições, salvo no que concerne à exclusão de tal tempo para fins de *promoção por merecimento*, no caso único do afastamento para exercício de *mandato eletivo*.

as hipóteses.[53] Só não terão obrigatoriamente esta compostura em 3 dentre as 11 modalidades: *para exercício de mandato eletivo*, porque, nestes casos, a situação varia;[54] *para servir a outro órgão ou entidade*, porque, tratando-se de cargo em comissão ou assemelhado, ficará afastado com prejuízo da remuneração, vindo a perceber por este último,[55] e, fora daí – uma vez que a lei é silente –, o regime dependerá de lei específica ou, na falta desta, de decisões da entidade cedente e da cessionária; *para participar de competição desportiva nacional ou integrar representação desportiva nacional*, porque a Lei 8.112 remete a solução para legislação específica.[56]

119. Finalmente, advirta-se que há dois casos de afastamento que *não se alocam entre os direitos e vantagens*, pois são *compulsórios* e não visam a proteger um interesse ou um desejo do servidor. Um deles é o "afastamento preventivo", sem prejuízo da remuneração, consistente em providência cautelar, determinável por autoridade instrutora de processo disciplinar, por um prazo de até 60 dias, prorrogável por igual período, a fim de que o servidor não venha a influir na apuração de irregularidade (art. 147). Outro é o do obrigatório afastamento do servidor *candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenhe suas funções*, caso exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização. Dito afastamento ocorrerá, sem prejuízo da remuneração, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral e persistirá até o 10º dia subsequente às eleições (art. 86, § 1º).

53. Nas quatro denominadas "concessões", porque terão de ser "sem qualquer prejuízo para o servidor", cf. art. 97, precitado; no afastamento para júri e serviços obrigatórios por lei, no deslocamento para outra sede, na participação em programa de treinamento e nos de missão ou estudo no Exterior porque em tais hipóteses o afastamento é mero cumprimento de dever legal ou de determinação administrativa; e, no caso de programa de treinamento não obrigatório, por ser de interesse da própria Administração o afastamento com tal fim.

54. Nos termos da Constituição Federal (art. 38), se se tratar de mandato de Prefeito, poderá optar pela remuneração do cargo ou pelo subsídio. O mesmo dar-se-á no caso de Vereador, se houver incompatibilidade de horários; se não houver, receberá de ambos os cargos. Se o mandato eletivo for federal, estadual ou distrital, embora a Constituição e o Estatuto dos Servidores Públicos Federais sejam silentes quanto à remuneração (certamente por se supor que a retribuição do cargo eletivo haverá de ser mais elevada e, portanto, aquela que deveria ser percebida), entendemos que a solução será sempre o direito de optar por uma ou por outra, por não ser certa a superioridade retributiva do cargo eletivo. Negar-lhe escolha entre as alternativas implicaria cercear, conquanto indiretamente, sua liberdade de disputa de cargos eletivos, o que, por certo, não conferiria com o desiderato constitucional.

55. Cf. art. 93, § 1º.

56. Cf. art. 102, X.

Aposentadoria

120. Da aposentadoria já se tratou ao referir o regramento constitucional pertinente, nos ns. 62-69. A eles nos reportamos.

b) Direitos e vantagens em prol de dependentes do servidor

121. Vejamos, derradeiramente, os benefícios previdenciários que a Lei 8.112 *instituiu em proveito dos familiares ou dependentes do servidor*. São eles: a) *pensão*; b) *auxílio-funeral*; e c) *auxílio-reclusão*.

122. (a) *Pensão* é a importância que, por motivo da morte do servidor, passa a ser mensalmente dispensada a um dependente seu ou, se houver mais de um, dividida entre eles (art. 215) na conformidade dos critérios legais (§§ 1º e 2º do art. 217 e art. 218). As pensões serão sempre atualizadas, para conservarem seu valor original, conforme disposto no art. 40, § 8º, da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda 41.

As pensões podem ser requeridas a qualquer tempo e prescrevem apenas as prestações exigíveis há mais de cinco anos (art. 219 e parágrafo único). Quanto à natureza, a pensão será *vitalícia* ou *temporária* (art. 216) e paga integralmente ao beneficiário quando existir um único. Havendo beneficiários de pensão vitalícia e temporária, a pensão será dividida em duas partes iguais e cada qual rateada em partes iguais entre os *correspondentes beneficiários*, quando mais de um houver com direito a elas (art. 218 e parágrafos).[57]

Para fins de *pensão temporária*, consideram-se dependentes: a) os filhos ou enteados até 21 anos de idade ou, se inválidos, enquanto perdurar a invalidez; b) o menor sob guarda ou tutela, até 21 anos de idade. À falta destes dois, também são contempláveis: c) o irmão órfão, até 21 anos, e o inválido, enquanto durar a invalidez, que comprovem que dependiam economicamente do servidor; d) a pessoa designada, que vivia na dependência econômica do servidor, até 21 anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez (art. 217, II, c/c § 2º).

57. Para fins de *pensão vitalícia*, consideram-se dependentes: a) o cônjuge; b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com direito à percepção alimentícia; c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar. Além destes, caso faltem o primeiro e o terceiro, também serão contemplados: d) a mãe e o pai que comprovem que dependiam economicamente do servidor falecido; e e) a pessoa designada, maior de 60 anos, e a portadora de deficiência, que viviam sob dependência econômica dele (art. 217, I, c/c § 1º).

A pensão vitalícia dura até a morte do beneficiário e se extingue caso não haja outro beneficiário nem desta espécie de pensão nem da pensão temporária. Havendo, o direito a que correspondia reverte para outro beneficiário *da mesma espécie de pensão* ou será rateada em partes iguais caso haja mais de um. À falta destes, reverterá para o beneficiário ou beneficiários de pensão temporária, procedendo-se de idêntica maneira (art. 216, § 1º, c/c art. 223, II).

A pensão temporária dura enquanto persistirem as condições em vista das quais o benefício é concedido e se extingue não só pela morte do beneficiário, mas também pela maioridade ou pela cessação de invalidez, caso não haja outro beneficiário nem da mesma espécie de pensão, nem de pensão vitalícia. Havendo, procede-se, *mutatis mutandis*, do mesmo modo indicado em relação à pensão vitalícia (art. 216, § 2º, c/c art. 223, II).

123. (b) *Auxílio-funeral* é a importância devida à família do servidor da ativa ou inativa quando de seu falecimento, e corresponderá a um mês de sua remuneração ou proventos (art. 226) e será pago em procedimento sumaríssimo, no prazo de 48 horas, ao familiar que custeou as despesas (§ 3º).

124. (c) *Auxílio-reclusão* é a importância devida à família do servidor, equivalente a 2/3 de sua remuneração, enquanto este estiver preso, por motivo de prisão em flagrante ou prisão preventiva, ou correspondente à metade dela ao longo do tempo em que estiver preso em virtude de condenação definitiva da qual não lhe haja resultado a perda do cargo (art. 229).

125. Vistos os direitos e vantagens conferidos, na esfera federal, aos servidores públicos civis, vejamos, agora, seu regime disciplinar.

XV. Deveres e responsabilidades dos servidores públicos estatutários

126. A Lei 8.112, em seu art. 116, enumera um conjunto de deveres do servidor[58] e no art. 117 faz um extenso rol de proibi-

58. Tais deveres se propõem: a) *em relação à legalidade* (observar as normas legais e regulamentares, manter conduta compatível com a moralidade administrativa, levar ao conhecimento do superior irregularidades de que tenha ciência em razão do cargo, representar contra ilegalidades, omissões ou abuso de poder, cumprir ordens do superior, salvo quando manifestamente ilegais); b) *em relação ao serviço público especificamente* (ser leal com as instituições a que serve, exercer com zelo e

ções.[59] A transgressão deles dá margem à *responsabilidade administrativa*. Este último dispositivo é de grande importância, pois as penalidades disciplinares estão, em grande parte, reportadas à violação delas.

127. As penalidades, conforme enunciação do art. 127, são as seguintes: (I) *advertência*; (II) *suspensão, conversível em multa*; (III) *demissão*; (IV) *cassação de aposentadoria ou disponibilidade*; (V) *destituição de cargo em comissão*; (VI) *destituição de função comissionada* – e sua aplicação será sempre fundamentada (art. 128, parágrafo único).

128. A *advertência* será aplicada – e por escrito – em faltas de menor gravidade, conforme previsto no art. 129.[60]

dedicação suas atribuições, ser assíduo e pontual, zelar pela economia do material, guardar sigilo sobre assunto da repartição); e c) *em relação ao público* (atendê-lo com presteza e urbanidade).

59. A saber: "(I) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem autorização do chefe imediato; (II) retirar sem prévia anuência da autoridade competente qualquer documento ou objeto da repartição; (III) recusar fé aos documentos públicos; (IV) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução do serviço; (V) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; (VI) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; (VII) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical ou partido político; (VIII) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; (IX) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; (X) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário [*redação dada pela Lei 11.094, de 13.1.2005*]; (XI) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; (XII) receber propina, comissão, presente, ou qualquer vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; (XIII) aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro; (XIV) praticar usura sob qualquer de suas formas; (XV) proceder de forma desidiosa; (XVI) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; (XVII) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias; (XVIII) exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; e (XIX) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado".

60. Casos de violação dos incisos I a VIII e XIX do art. 117 e nos de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamento ou norma interna de serviço, quando não seja justificável a imposição de sanção mais grave.

129. A *suspensão* é devida se houver reincidência em faltas punidas com advertência e nas demais infrações não arroladas entre as que tipificam casos de demissão, e jamais excederá de 90 dias (art. 130). Quando conveniente, pode ser convertida em *multa*, à base de 50% do vencimento ou remuneração, por dia de serviço, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço (§ 2º).

130. A *demissão*, autêntica *expulsão* do serviço público, é aplicável pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas Legislativas, dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, conforme a esfera a que esteja sujeito o servidor (art. 141, I), e terá lugar na ocorrência das infrações graves, arroladas no art. 132.[61]

Boa parte dos casos capitulados está ligada a procedimento incorreto com dinheiros públicos ou captação indevida de vantagem para si ou para outrem (incisos IV, VIII, X e XI do art. 132 e IX, XI, XII e XVI do art. 117). Ausências ao serviço também podem ser causa de demissão quando configurarem "abandono de cargo" (inciso II do art. 132) ou "inassiduidade habitual" (inciso III). *Abandono de cargo* é a intencional ausência ao serviço, por mais de 30 dias consecutivos (art. 138). *Inassiduidade habitual* é a falta ao serviço, sem causa justificada, por 60 dias, interpoladamente, em um período de 12 meses (art. 139). Em alguns casos a demissão acarretará *inabilitação do servidor por cinco anos* para cargo público federal (art. 137), assim como em outros a inabilitação será *definitiva* (art. 137, parágrafo único). Além desta consequência, quando a demissão haja sido aplicada por improbidade administrativa (art. 132, IV), pela aplicação irregular de dinheiros públicos (art. 132, VIII), por lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional (art. 132, X) ou por corrupção (art. 132, XI), haverá, ainda, a indisponibilidade dos bens do servidor e sujeição ao ressarcimento do erário, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 136).

61. São as seguintes as hipóteses de demissão: "(I) crime contra a Administração Pública; (II) abandono de cargo; (III) inassiduidade habitual; (IV) improbidade administrativa; (V) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; (VI) insubordinação grave em serviço; (VII) ofensa física em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; (VIII) aplicação irregular de dinheiros públicos; (IX) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; (X) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; (XI) corrupção; (XII) acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas; (XIII) transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117".

131. A *cassação da aposentadoria ou disponibilidade* será aplicada pelas autoridades competentes para imposição da penalidade de demissão (art. 141, I) e terá lugar quando o inativo haja praticado, na atividade, falta a que corresponderia tal sanção, e, ainda que a lei não o diga, terá de acarretar, por identidade de razão, as mesmas consequências previstas para os casos de demissão.

132. A *destituição* de ocupante de *cargo em comissão ou função comissionada* é de competência da mesma autoridade que fez a nomeação (art. 141, IV), e, quando incidente sobre quem não seja titular de cargo efetivo, dar-se-á nas mesmas hipóteses que ensejam as penalidades de suspensão ou demissão (art. 135), acarretando, ainda, as inabilitações, restrições de direitos e sujeição às consequências que desta última derivem (arts. 136 e 137). É óbvio que, se se tratar de titular de cargo efetivo, sofrerá, ademais, as sanções correspondentes à gravidade da falta em que incidiu, com os correlatos efeitos.

Prescrição

133. *Prescreve em 5 anos a* ***medida disciplinar*** para as faltas sancionáveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo ou função; *em 2 anos* se a punição aplicável for a de suspensão; e *em 180 dias* se for a de advertência. Todos os prazos se contam *a partir da data em que a infração foi conhecida. Caso a infração também seja capitulada como crime, aplicam-se os prazos prescricionais previstos na lei penal* (tudo conforme o art. 142).

Já a ***ação civil*** *por responsabilidade do servidor*, em razão de danos causados ao erário em consequência de comportamento ilícito, conforme anotamos no Capítulo XXI, nisto reformando entendimento anterior pelas razões ali explicitadas, é de cinco anos, quando não houver má-fé, e dez, no caso de má-fé, sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso.

XVI. Sindicância e processo administrativo

134. As distintas penalidades administrativas são aplicáveis tão somente após um procedimento apurador – com garantia de ampla defesa (*ex vi* do art. 5º, LV, da Constituição) –, que será a *sindicância* ou, obrigatoriamente, o *processo administrativo*, se a sanção aplicável

FA7

for suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão ou função comissionada (art. 143, c/c art. 146). A sindicância ou o processo administrativo *interrompem a prescrição* até a decisão final proferida pela autoridade competente (§ 3º do art. 142), que só recomeça a fluir a partir do dia em que cessar a interrupção (§ 4º).

Sublinhe-se que a autoridade que tiver conhecimento de irregularidade é *obrigada* a promover-lhe a apuração imediata. As denúncias serão apuradas desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada sua autenticidade (art. 143).

135. *Sindicância* é o procedimento investigativo, com prazo de conclusão não excedente de 30 dias (prorrogáveis pela autoridade superior por igual período), ao cabo do qual, se a conclusão não for pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de penalidade de advertência ou suspensão até 30 dias, assegurada ampla defesa, será instaurado processo disciplinar, o qual é obrigatório sempre que o ilícito praticado ensejar sanção mais grave (arts. 145 e 146).

Se, ao cabo da sindicância, seu relatório concluir que a infração configura ilícito penal, além de ser instaurado imediatamente processo administrativo disciplinar, a autoridade competente remeterá cópia dos autos ao Ministério Público (art. 154, parágrafo único).

136. *Processo administrativo*, instrumento de compostura mais complexa, é um procedimento apurador, desde logo instruído pelos autos da sindicância conduzido por comissão formada por três servidores estáveis, sob a presidência de um deles (art. 149) e obediente ao princípio da ampla defesa – isso, até a sobrevinda da absurda e, ao nosso ver, inconstitucional Súmula Vinculante n. 5 do STF (pois, ao contrário do que afirma, viola à força aberta o princípio da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes consagrado no art. 5º, LV), que derrogou a Súmula 343 do STJ, invertendo sua dicção, por força da qual se afirmava ser "obrigatória a presença de advogado em todas fases do processo disciplinar". Este se desenrola em três fases – (a) a *instauração*, (b) o *inquérito* e (c) o *julgamento* (art. 151) –, das quais só as duas primeiras são da alçada da comissão. A última – o julgamento – compete à autoridade superior que mandou instaurá-lo. Se a penalidade a ser aplicada exceder sua alçada, o processo será encaminhado à autoridade competente, para que decida. O prazo para conclusão do processo administrativo é de 60 dias, contados da

data em que for constituída a comissão, prorrogáveis por igual período quando as circunstâncias o exigirem (art. 152).

137. A *instauração* do processo dar-se-á com a publicação do ato que constituir a comissão (art. 151, I) e é seguida do *inquérito*, compreensivo de três partes: a *instrução*, a *defesa* e o *relatório* (art. 151, II). O inquérito desenvolver-se-á de acordo com o princípio do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 153).

Nesta fase, da qual a sindicância constituir-se-á em uma das peças da instrução (art. 154), a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações, diligências, perícias e o mais que necessário for para a coleta da prova (art. 155), facultando-se ao servidor o direito de acompanhar o processo, pessoalmente ou mediante procurador constituído, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas, bem como formular quesitos, quando se tratar de matéria que demande análise pericial (art. 156). Concluída a oitiva de testemunhas, proceder-se-á ao interrogatório do acusado (art. 159).

Uma vez tipificada a infração disciplinar, o servidor será indiciado, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (art. 161), fazendo-se sua citação para defesa no prazo de 10 dias.[62] Caso o indiciado seja revel ser-lhe-á nomeado procurador dativo, ocupante de cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou de nível de escolaridade igual ou superior ao dele (art. 164, § 2º).

Apreciada a defesa, a comissão processante elaborará minucioso relatório, que será conclusivo quanto à inocência ou responsabilidade do servidor, e indicará os dispositivos normativos transgredidos, bem como as circunstâncias atenuantes ou agravantes (art. 165 e parágrafos). Isto posto, o processo disciplinar com o relatório serão encaminhados à autoridade que lhe determinou a instauração para que esta profira o julgamento ou, se a sanção prevista exceder sua alçada, o eleve à autoridade competente para aplicá-la, a qual, neste caso, é que proferirá o julgamento, se a penalidade for a demissão ou a cassação de aposentadoria (art. 167). Este – a ser exarado em 20 dias contados do recebimento do processo – terá de acatar o relatório,

62. Prorrogáveis pelo dobro se diligências por ele requeridas forem reconhecidas como indispensáveis (§ 3º do art. 161). Quando a citação tenha de ser feita por edital – hipótese de o indiciado encontrar-se em local incerto e não sabido –, o prazo de defesa será de 15 dias, contados da última publicação do edital (art. 163 e parágrafo único).

salvo se contrário à prova dos autos, hipótese em que, motivadamente, a autoridade julgadora poderá agravar a penalidade ali indicada, abrandá-la ou inocentar o servidor (art. 168). A superação do prazo estabelecido para o julgamento não lhe constituirá causa de nulidade (art. 169, § 1º). Estando a infração capitulada como crime, os autos serão remetidos ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladados na repartição (art. 171).

138. O processo administrativo disciplinar pode ser a qualquer tempo revisto, de ofício ou a pedido, perante *fatos novos* ou *elementos não apreciados no processo* suscetíveis de justificar seja a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (arts. 174 e 176).

139. Além da responsabilidade administrativa, a que se vem de aludir, o desatendimento de deveres funcionais pode suscitar responsabilização civil e penal (art. 121).

Resultando prejuízos para o erário público ou para terceiros em decorrência de ação ou omissão, dolosa ou culposa, emerge a responsabilidade civil, isto é, patrimonial, do servidor (art. 122). Se o dano foi dolosamente causado à Fazenda Pública e faltarem bens que assegurem a execução do débito pela via judicial, a indenização a esta devida pode ser colhida mediante descontos, em valores atualizadas até 30 de junho de 1994, da remuneração ou proventos do servidor (art. 122, § 1º), extraídos em parcelas mensais não excedentes da décima parte deles (§ 1º, c/c art. 46). Se o dano foi causado a terceiros, indenizados pelo Poder Público em decorrência de condenação judicial, o servidor responderá perante o Estado em ação regressiva (122, § 2º), mas, ao contrário do que sugere a redação deste preceptivo, o lesado pode, se o desejar, acionar diretamente apenas o servidor, ou o servidor e o Estado, conjuntamente, nos casos em que a lesão haja derivado de comportamento culposo ou doloso do servidor. A ação de responsabilidade civil contra o servidor que haja causado danos ao erário público mediante comportamento ilícito, prescreve em cinco anos, quando não houver má-fé, e dez, no caso de má-fé, sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso, consoante acima dissemos e nos termos da remissão ali feita aos esclarecimentos quanto à nossa mudança de posição e razões que a supeditaram.

140. A responsabilidade penal, na conformidade do art. 123, abrange as contravenções e os crimes imputados ao servidor, nesta

qualidade.[63] As responsabilidades disciplinar, civil e penal são independentes entre si e as sanções correspondentes podem se cumular (art. 125); entretanto, a absolvição criminal, que negue a existência do fato ou de sua autoria, afasta a responsabilidade administrativa

63. Nos termos do art. 327 do Código Penal, "considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". Os crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública em geral estão referidos nos arts. 312 a 326 do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7.12.1940, reformado pela Lei 7.209, de 11.7.1984). Tais crimes são os seguintes: *Peculato*, ou seja: "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio" (art. 312); denomina-se *peculato mediante erro de outrem* quando o dinheiro ou utilidade apropriado, recebido no exercício do cargo, o foi por erro de outrem (art. 313); *Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*: "Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão de cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente" (art. 314); *Emprego irregular de verbas ou rendas públicas*: "Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei" (art. 315); *Concussão*: "Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida" (art. 316); chama-se *excesso de exação* "se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza" (§ 1º do art. 316); *Corrupção passiva*: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem" (art. 317); *Facilitação de contrabando ou descaminho*: "Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho" (art. 318); *Prevaricação*: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (art. 319); *Condescendência criminosa*: "Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente" (art. 320); *Advocacia administrativa*: "Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário" (art. 321); *Violência arbitrária*: "Praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la" (art. 322); *Abandono de função*: "Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei" (art. 323); *Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*: "Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso" (art. 324); *Violação de sigilo funcional*: "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação" (art. 325); *Violação do sigilo de propostas de concorrência*: "Devassar o sigilo de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo" (art. 326). Por força da Lei 10.028, de 19.10.2000, foram acrescidos um capítulo (Capítulo IV, "Dos Crimes contra as Finanças Públicas") e rubrica ("Contratação de Operação de Crédito") ao Código Penal, incluindo-se os arts. 359-A até 359-H, todos tipificando condutas violadoras da Lei de Responsabilidade Fiscal.

(art. 126). Na verdade, o mesmo poderá ser dito quando decisão judicial, em ação civil, firmar um ou outro destes dois pontos.

141. Há que relembrar, finalmente, a Lei 4.898, de 9.12.1965, que refere crimes de "abuso de poder", e a Lei 8.429, de 2.6.1992, que prevê graves sanções de outra natureza para os agentes incursos em atos de "improbidade administrativa" (v. Capítulo XVIII, n. 2).

XVII. Limites ao poder de emendar a Constituição e a situação dos atuais servidores

142. A própria Constituição de 1988, tal como promulgada, no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título".

A Constituição promulgada em 5.10.1988 podia fazer isto. As disposições produzidas por uma Constituição são incontendíveis.

143. Em termos jurídicos, *o poder constituinte é ilimitado*. Donde, o que for por ele decidido – não importa o quão chocante ou abstruso possa ser – do ponto de vista do Direito Positivo é insuscetível de questionamento, já que a normatização por ele instaurada tem, por definição, caráter *inaugural em sentido absoluto. É a fonte de validade da ordem jurídica. É a origem do Direito. É seu termo de referência, pois não se encarta nem precisa se reportar a qualquer norma anterior que a sustenha ou autorize. Sustenta-se em si própria.* Logo, *nenhuma pretensão jurídica lhe poderia ser oposta, exatamente porque, para dizer-se jurídica, teria de estar referenciada direta ou indiretamente na própria Constituição.* Assim, é óbvio que nada se lhe pode contender, no plano do Direito Positivo.

Justamente disto lhe advém a diferença profunda, *qualitativa*, em relação às emendas constitucionais ou a qualquer produção normativa subsequente.

As emendas constitucionais apresentam em relação à Constituição um traço de similitude e um traço de dessemelhança.

144. O traço de similitude é o de que suas disposições são *hierarquicamente superiores* às leis ou a qualquer produção normativa

alocada em posição subsequente na pirâmide jurídica, pois se parificam nisto, integralmente, às disposições constitucionais, tanto que, *se nelas validamente integradas*, comporão o corpo da Lei Magna, à moda de quaisquer outras ali residentes *e no mesmo pé de igualdade com as demais*.

Já, seu traço de *dessemelhança* visceral – e que as faz qualitativamente distintas da produção constituinte, como se disse – reside em que, ao contrário do fruto do labor constituinte, *elas não são originárias, não são inaugurais em sentido absoluto, não são a fonte primeira da juridicidade, não são o primeiro e incontendível termo de referência de toda a ordem jurídica*. Com efeito, elas sofrem as limitações que lhes advêm da própria Constituição. Para serem válidas, *estão referenciadas à própria Constituição que modificam e é nela que encontram a fonte de validade para promoverem as alterações que façam*. Em suma: é porque a Constituição permite ser tocada, mexida, que as emendas constitucionais podem ser validamente produzidas. Fora daí seriam inconstitucionais.

145. Disto decorre ser infeliz a terminologia "poder constituinte originário" e "poder constituinte derivado", por induzir a equívocos, provocando a suposição de que são poderes da mesma natureza, isto é, espécies de um mesmo gênero, o que, já se viu, não é verdade. Deveras, todo poder constituinte *é, por definição, originário*.

Assim, não há poder constituinte derivado, pois o que se rotula por tal nome é o poder de produzir emendas, com base em autorização constitucional e nos limites dela. Logo, coisa diversa da força inaugural e incontrastável, características indissociáveis do poder constituinte.

A mera circunstância de as emendas, *quando validamente editadas*, adquirirem a mesma supremacia da Constituição, na qual se integram e dissolvem, não lhes confere a potencialidade *incontrastável* que é apanágio do poder constituinte, único gerador de *normas que prescindem de qualquer apoio jurídico que não aquele que – ele próprio – a si mesmo outorga*.

É certo que, a pretexto de efetuar emendas constitucionais, o legislador ordinário – o que não recebeu mandato constituinte e cuja posição é juridicamente subalterna – poderia, inclusive, em comportamento "de fato", não jurídico, derrocar a Constituição, por si mesmo ou tangido por algum caudilho, travestido ou não de democrata (ou este vir a fazê-lo por si próprio). Diante de evento de tal natureza,

as medidas que fossem impostas perderiam o caráter de emendas. Converter-se-iam, então, elas próprias, em novo exercício do poder constituinte, tal como ocorreria após revoluções ou *golpes de Estado* ou, ainda, nas hipóteses em que é efetuada a convocação de uma Constituinte que vem a produzir nova Lei Magna. É claro, entretanto, que nas situações deste jaez estaria *rompida a ordem constitucional vigente*, e inaugurada outra.

Assim, não há duvidar de que, *dentro dos quadros constitucionais*, uma emenda constitucional não é senão o fruto de uma autorização constitucional, e por isto mesmo, para ser válida, *tem que se conter nos limites juridicamente ontológicos daquilo que é uma simples emenda*, e não um poder constituinte propriamente dito.

Resta, pois, indagar quais são estes limites. São de duas espécies: *materiais* e *formais*.

146. Uma *primeira ordem de limites* é óbvia: a daqueles mesmos que a Constituição *de modo expresso e estampado* enuncia.

No caso da CF de 1988, são limites materiais os que constam do art. 60, § 4º, no qual se estabelece que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais". Note-se, de passagem – mas é importante fazê-lo –, que no inciso IV o texto *não se reporta a direitos e garantias individuais arrolados no art. 5º*, mas, pura e simplesmente, a "direitos e garantias individuais".

São *limites formais* tanto o previsto no § 1º do mesmo artigo – de acordo com cujos termos:

"A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio" – como o do § 5º – segundo o qual a "matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de proposta na mesma sessão legislativa".

Uma *segunda ordem de limites*, também material e formal, é a dos limites implícitos que resultam do Texto Constitucional ou advêm da própria natureza essencial daquilo que é uma emenda constitucional.

São limites, *já agora implícitos*, de ordem *formal* a impossibilidade de *alterar* limites formais explícitos (em nosso caso, a vedação de emenda durante o estado de sítio ou intervenção federal e da rea-

presentação de proposta na mesma sessão legislativa ou a forma de promulgação) quanto a de alterar o processo de desencadeamento (art. 60, I, II e III), de tramitação, votação, aprovação e promulgação (§§ 2º e 3º). Com efeito, se a Constituição regula o modo como pode ser alterada, modificar por emenda este modo significaria amesquinhar ou nulificar as cautelas que a própria Constituição propôs em nome de sua estabilidade, o que equivaleria a desrespeitar restrições que a Constituição erigiu contra os próprios eventuais emendantes; vale dizer: afrontar limites antepostos à sua alteração.

São *limites materiais implícitos* os impedimentos a que os vetores básicos da Constituição, ou princípios nela vivamente encarecidos, sejam afetados, pois isto implicaria desfigurar a Constituição, subvertê-la, trazendo consigo, na verdade, uma Constituição nova, diversa daquela que foi concebida pelo poder constituinte. Tome-se como exemplo, alvitrado por Adílson Dallari, a prevalência da livre iniciativa na ordem econômica, e, pois, o caráter subsidiário da atuação do Estado nesta esfera.

Salvo com uma interpretação desatada, seria impossível considerar que tal prevalência esteja abrigada entre os direitos e garantias individuais.

Também não se encontram referidos nas demais vedações expressas constantes das cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, § 4º. Sem embargo, são limites implícitos a emendas constitucionais, pois, de outra sorte, por tal via, e contra toda lógica da Constituição, poder-se-ia modificar a índole do regime, conquanto, a toda evidência, fosse absurdo considerar realizável tal mudança por obra de quem não recebeu poder constituinte.

147. Feitas estas considerações, percebe-se que Emenda alguma poderia ou pode reduzir vencimentos, pois, se o fizesse, agrediria *direitos individuais* que os servidores públicos, como quaisquer outros cidadãos, têm garantidos pela Constituição. Entre estes direitos está o *direito adquirido*, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal – no caso, aos vencimentos que ora percebem. Acresce que – e isto é de suma relevância – a *irredutibilidade de vencimentos*, que o art. 37, XV, antes do "Emendão", lhes assegurava em termos diversos dos atuais, é, *em si mesma*, um direito e uma garantia individual que assistem a cada um dos servidores públicos que dela desfrutavam antes de seu advento.

Donde, nem a Emenda 19, em 1998, nem a Emenda 41, agora em 2003, podiam rebaixar vencimentos, determinando que ficariam sujeitos a limites estatuídos primeiramente por uma e ao depois por outra, em novas redações que atribuíram ao art. 37, XI. Também não é de admitir – como, de resto, já se disse (n. 37) – que este resultado seja alcançado pelo expediente, aparentemente astuto, adotado no art. 9º da Emenda 41. Nele se declara que o art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição aplicar-se-ia a todas as modalidades de retribuição dos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, bem assim aos agentes políticos em geral, tanto como a proventos de aposentadoria e pensões. A solução é juridicamente incabível, pois o art. 17 se remetia a um texto distinto do que viria a ser implantado pela Emenda 19 e do que foi recentemente implantado pela Emenda 41. Logo, não se lhe pode dar o alcance pretendido, pois isto implicaria pretender colher dele a força constituinte, mas com um alcance descoincidente com a que nele residia. Dito de outro modo: fazê-lo corresponderia a outorgar, hoje, com base em uma simples Emenda, força constituinte a uma norma que nela reside, e não na Constituição.

Acresce que o art. 17 estava reportado a um texto que foi *revogado* pela Emenda 19 e que, de seu turno, também foi revogado pela Emenda 41, de tal sorte que não mais existe como termo de referência no universo jurídico.

148. Assim, uma vez que o Texto Constitucional inadmite emenda que fira direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV) – *e não somente os arrolados no art. 5º*, inclusive por assegurar, ainda, no § 2º deste preceptivo, que os direitos expressos não excluem outros decorrentes do regime e de seus princípios –, é forçoso concluir que os vencimentos dos *atuais* servidores não podem ser afetados pelo "Emendão", porque, se tal se desse, haveria:

a) ofensa a *direito adquirido*, cuja proteção estava e está assegurada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, dada a irredutibilidade que lhes conferia o § 2º do art. 39, em sua primitiva redação;

b) ofensa a um direito e garantia individual, pois a *garantia expressa da irredutibilidade de vencimentos*, naqueles termos, era, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, *um direito individual de cada servidor*.

Donde, por estes dois ângulos, resulta óbvio que simples emenda constitucional jamais poderia afetá-los *sem, com isto, ofender cláusula pétrea*.

Posto que uma emenda constitucional não é expressão do poder constituinte propriamente dito, ou seja, não é poder originário (logo, não é constituinte), e por isto *não pode desconstituir direitos individuais*, ainda que implícitos, *menos ainda poderá desconstituir os explícitos* sem com isto estar ofendendo, às escâncaras, os limites ao poder de emenda constantes da própria Constituição.

Por tais motivos, deve ser considerada impertinente, resultante de interpretação puramente literal – e, além disto, incapaz de enfrentar os diferentes aspectos que foram mencionados –, a alegação de que a proteção de direito adquirido é contra a lei e não contra emenda constitucional.

149. Tudo quanto foi dito vale, igualmente, para proventos de aposentadoria, pois o § 4º do art. 40 da Constituição de 1988, antes da sobrevinda da Emenda 19, assegurava sua igualdade em relação aos vencimentos da ativa, devendo-se, pois, entender que configuravam igualmente *direitos e garantias individuais* dos já aposentados. Assim, também e por equivalentes razões, o mesmo se dirá no que concerne às pensões, em conformidade ao que dispunha o § 5º do art. 40 da Lei Maior.

150. As considerações precedentes aplicam-se, outrossim – e como uma luva –, à delirante pretensão, constante do art. 4º da Emenda 41, de considerar obrigados à contribuição previdenciária os inativos e os pensionistas *que já estavam fruindo dos correspondentes benefícios quando do advento dela*, tanto como os abrangidos pelo art. 3º (isto é, os que já haviam cumprido com base em legislação precedente requisitos para lhes obter concessão). O dispositivo é teratológico e revelador de mentalidade autoritária, obscurantista, para quem o Direito nada vale.

É de solar clareza que ditos sujeitos encontravam-se assegurados por direito adquirido, e os já aposentados, tal como os que percebiam pensão, têm ainda em seu favor os atos jurídicos perfeitos, nos quais se estratifica uma situação juridicamente conclusa. De nada valeria o caviloso argumento (já engatilhado nos arrais dos eternos servidores de todos e quaisquer governos) de que não há direito adquirido contra tributação. Certamente, não há direito adquirido contra *tributação em geral*, mas há *direito adquirido contra contribuição previdenciária* se, ao tempo de disciplina jurídica anterior, seu recolhimento por um determinado tempo, de par com outras exigências, perfazia de modo completo os requisitos que o Direito considerava suficientes para desfrute da situação que daí derivava.

O ato jurídico da aposentação e o do deferimento de pensão, como atos jurídicos perfeitos, tornaram conclusa determinada situação nos termos então vigentes e com as consequências que então lhes correspondiam.

Sem embargo do que se vem de dizer, conforme anotado nos ns. 68 e 70, o STF em decisão flagrantemente afrontosa ao bom direito, proferida em 2004, e ao depois confirmada na decisão final que viria a ser proferida na mesma ADI 3.105-8, publicada em 9.3.2007, consagrou o cabal desrespeito a estes elementares valores jurídicos.

PARTE III
AS VIAS TÉCNICO-JURÍDICAS DE AÇÃO ADMINISTRATIVA

Capítulo VI – O REGULAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO. Capítulo VII – ATOS ADMINISTRATIVOS. Capítulo VIII – O PROCEDIMENTO (OU PROCESSO) ADMINISTRATIVO. Capítulo IX – LICITAÇÃO. Capítulo X – O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Para desempenhar as atividades de sua alçada a Administração Pública dispõe de meios técnico-jurídicos consistentes na expedição de atos infralegais:

a) unilaterais, gerais e abstratos, dentre os quais se salientam os *regulamentos*;

b) unilaterais e concretos, frequentemente designados pura e simplesmente como *atos administrativos*, os quais, sendo embora atos jurídicos como quaisquer outros, possuem, entretanto, características próprias no que atina às condições de sua válida produção e força jurídica peculiar, no que se distinguem dos demais, justificando sejam estudados como uma categoria à parte;

c) o atendimento pela Administração das finalidades legais que em cada caso deve prover não resulta da prática de um ato isolado, mas, pelo contrário, é o fruto de uma sucessão itinerária e encadeada de atos compostos e ordenados em vista do ato final almejado. Esta sequência, que inúmeras vezes se deflagra por iniciativa da própria Administração e outras tantas por iniciativa de algum interessado, canaliza a atuação administrativa dentro de pautas que buscam contê-la em trilhas jurídicas corretas e arrecadar as informações necessárias para desembocar na solução mais adequada. É isto que se chama "processo administrativo" ou "procedimento administrativo", como preferem outros.

d) Afora os atos unilaterais que pratica, a Administração também se envolve em atos bilaterais, consensuais, nominados de *contratos administrativos*, os quais, também eles, inobstante a doutrina e a legislação pátria os aloquem no gênero *contrato*, apresentam um regime jurídico próprio, justificando que sejam tratados como uma figura específica do Direito Administrativo. Estas especificidades se manifestam, sobretudo, no fato de que a Administração, por razões de interesse público, pode, por decisão unilateral, modificá-los ou prematuramente encerrá-los, nos limites e casos que a lei indica, além de dispor de amplo poder fiscalizatório sobre sua execução e possibilidade de aplicar, ela própria, sanções ao contratante faltoso.

e) Sucede que, ao contrário dos particulares, que podem escolher livremente sua contraparte, a Administração quando se propõe a contratar necessita realizar um procedimento ou processo prévio, salvo em algumas situações que a lei refere, a fim de eleger em um certame isonômico a proposta mais satisfatória. Este processo ou procedimento se chama *licitação*. Assim, tal como os atos administrativos cujo desenlace final deve ser precedido de um processo (ou procedimento), também os contratos administrativos são colhidos por um equivalente trâmite, seja para reconhecer-se que ocorreu uma hipótese legal em que a licitação é dispensável ou inexigível, seja para deflagrar e desenvolver o certame licitatório. Pela importância que tem, este processo possui uma identidade própria e deve ser estudado em apartado da generalidade dos demais.

Assim, estas vias técnico-jurídicas de ação administrativa serão examinadas nos próximos cinco capítulos, a saber: "O Regulamento no Direito Brasileiro", "Atos Administrativos", "O Procedimento (ou Processo) Administrativo", "Licitação" e "O Contrato Administrativo".

Capítulo VI

O REGULAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

I. Introdução. II. Espécies de regulamento no Direito europeu. III. O regulamento previsto no art. 84, VI, da Constituição brasileira. IV. Conceito de regulamento no Direito brasileiro. V. Diferenças entre lei e regulamento no Direito brasileiro. VI. O regulamento ante o princípio da legalidade no Brasil. VII. Finalidade e natureza da competência regulamentar. VIII. Limites ao regulamento no Direito brasileiro: a delegação legislativa disfarçada. IX. O objeto da competência regulamentar. X. Diferenças entre lei e regulamento quanto às garantias do administrado. XI. Resoluções, instruções e portarias.

I. Introdução

1. Ao contrário do que se poderia supor, regulamento não é um *nomen juris* que isola com precisão uma categoria de atos uniformes. Antes – e pelo contrário –, é um designativo que, em diferentes países e em diferentes épocas, tem servido para recobrir atos de *virtualidades jurídicas distintas* e nem sempre oriundos de fonte normativa equivalente.

Disto resulta que o denominador comum encontrável para radicalizar atos compreendidos sob tal nome é tão somente o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, de par com a circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis (Legislativo).

É certo, entretanto, que, na imensa maioria de casos, embora não em todos, o emissor dos atos assim nominados é a Administração Pública,[1] sendo de convir, então, que *o sentido principal da*

1. Lorenza Carlassari anota que – a prescindir dos chamados regulamentos de "autonomia", nos sistemas jurídicos hodiernos do Continente europeu – "a afirmação de que regulamentos são atos normativos não provenientes dos órgãos legislativos equivale a dizer que emanam do Poder Executivo". Observa, todavia, em nota de

voz "regulamento" está reportado a atos emitidos pelo Chefe do Poder Executivo.

Em face das observações acima feitas, duas conclusões se impõem:

a) uma, a de que é absolutamente ingênuo e impróprio caracterizar o regulamento, em nosso Direito, buscando assimilações com o Direito alienígena ou pretendendo irrogar-lhe potencialidades normativas que lhe são conferidas em sistemas alheios, como se houvesse uma acepção universalmente válida e precisa para os atos destarte denominados;

b) outra, a de que o nosso interesse primordial é – e tem de ser – a identificação deste instituto *tal como o configura o Direito Constitucional brasileiro*,[2] enquanto ato da alçada do(s) Chefes do(s) Poder(es) Executivo(s).

rodapé, que, na Inglaterra, conquanto em limites muito restritos, o Poder Judiciário expede *ordinances* e que, segundo a Constituição hindu de 1949, os Tribunais superiores têm funções normativas especialmente em matéria de procedimento (*Regulamenti del Executivo*, Pádua, CEDAM, 1966, p. 4). O mesmo, como se sabe, ocorria no Brasil antes da Constituição de 1988. Assim, seja por tais razões, seja porque existem os regulamentos de "autonomia" – ainda que se possa considerar imprópria a utilização desta expressão taxinômica para designá-los –, o certo é que tal dicção terminológica lhes é correntemente aplicada. Tudo isto leva a concluir que atos assim nominados nem sempre procedem da Administração, motivo pelo qual os únicos pontos em comum atinentes a todos os atos batizados como "regulamentos" são os de provirem de órgão diverso do Legislativo e de consistirem em normas gerais, de regra, abstratas.

2. Cumpre, pois, estar advertido contra o típico servilismo intelectual de povos periféricos em relação às metrópoles culturais, cujas produções jurídicas teóricas costumam ser havidas como as "verdadeiras" e, destarte, reproduzidas acriticamente. Ao incorrer no sobredito equívoco, prescinde-se da obviedade de que as considerações doutrinárias neles formuladas correspondem ou podem corresponder a descrições exatas (verdadeiras) dos respectivos Direitos Positivos, mas não são necessariamente aplicáveis ao nosso próprio Direito Positivo, cujas instituições, aliás, compreensivelmente, passam muito ao largo das preocupações dos juristas de tais países. As referidas observações, evidentemente, não implicam, de modo algum, qualquer menoscabo ao estudo da produção jurídico-teórica dos países culturalmente mais avançados ou ao interesse na perquirição sobre a origem e desenvolvimento das respectivas instituições. Pelo contrário, reconhece-se a imensa utilidade que proporcionam. Com efeito, são valiosos, e não apenas em razão do refinamento científico que – isto sim – devemos imitar, mas também por ensejar-nos filiar tanto nossos próprios institutos jurídicos quanto a origem da maior parte das posições doutrinárias entre nós sustentadas. Graças a isto, pode-se, de um lado, visualizá-los com maior clareza e detectar equívocos decorrentes de transposições acríticas indevidamente efetuadas. Finalmente, sobre proporcionar-nos uma perspectiva mais ampla, permitem adotar, rentavelmente, uma visão "desde fora", ou seja: mirar nossas instituições e produção doutrinária a partir de um ponto de observação como que externo, pois involucrado nos subsídios colhidos em universo cultural alheio ao nos-

Advirta-se que vem se disseminando entre algumas pessoas – inclusive entre estudiosos ilustres – o equívoco de imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do país introduziu em nosso Direito os chamados "regulamentos independentes" ou "autônomos" encontradiços no Direito europeu. Pedimos vênia para expressar que, a nosso ver, este entendimento não é minimamente exato.

II. Espécies de regulamento no Direito europeu

2. De um modo geral, pode-se, esquematicamente, dizer que existem três tipos básicos de regulamento no Direito continental europeu, ainda que nem todas as espécies existam indiferentemente nos vários países: (a) os regulamentos executivos, isto é, de mero cumprimento de lei – tal como ocorre no Brasil, consoante previsão explícita do art. 84, IV, da nossa CF; estes, sim, existem em todos os países europeus; (b) os regulamentos autorizados, por vezes referidos como delegados; e (c) os regulamentos independentes, também chamados de "autônomos", os quais podem ser (c.1) de administração ou orgânicos e (c.2) regulamentos de polícia.

Ao se iniciar o enfraquecimento das Monarquias na Europa, das quais foi sendo retirado o poder legislativo e transferido aos Parlamentos, considerou-se, à época, que os assuntos de administração não eram "matéria de lei", mas objeto de competência interna dos reis, ou seja, do próprio Executivo, que sobre ela dispunha por meio de atos denominados "ordenanças". Com efeito, o objeto da lei, segundo a concepção da época, era a disciplina da liberdade e da propriedade das pessoas – assunto que parecia substancialmente distinto das disposições preordenadas à regência do aparelho estatal ou de questões que na Alemanha eram havidas como pertinentes à chamada "supremacia especial" da Administração (v. Capítulo XIV, subtítulo IV, ns. 12 a 15).

Dessarte, regulamentos que dispunham sobre os assuntos referidos eram então estranhos ao que, nos Direitos europeus, chamou-se de "reserva de lei". Podiam, por isto, independentemente de lei, ser editados pelo Executivo. Tais regulamentos é que são os *regulamentos independentes ou autônomos*, pois, ao contrário dos regulamen-

so específico e circunstancial envolvimento (teórico e institucional). Assim, instrumentam-nos para um conhecimento mais objetivo e criticamente mais aparelhado de ambos os tópicos.

tos *executivos*, não dependiam de lei alguma e expressavam um poder autônomo do Executivo. Se tais regulamentos foram havidos como uma expressão de poderes naturais do Executivo, mais tarde vieram a ter previsão constitucional expressa. Assim, por exemplo, na França, onde seu âmbito é o mais amplo possível, o art. 34 da Constituição de 1958 menciona as questões que são "matéria de lei", e no art. 37 se diz que tudo que não estiver incluído como matéria de lei é matéria de regulamento.

De par com estas duas espécies existiam também regulamentos que eram expedidos sob autorização ou delegação do Legislativo, que apenas dispunha de maneira muito genérica e fluida sobre certa matéria, ou se limitava a conferir ao Executivo o poder de disciplinã-la. Estes são os regulamentos *autorizados*.

III. O regulamento previsto no art. 84, VI, da Constituição brasileira

3. O regulamento previsto no art. 84, VI, I, "a", da Constituição brasileira – segundo o qual compete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre "organização e funcionamento da Administração Federal, *quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*" – confere, como resulta de sua disposição textual, poderes muito circunscritos ao Presidente, ao contrário do que ocorre nos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu.

Com efeito, se o Chefe do Executivo não pode nem criar nem extinguir órgão, nem determinar qualquer coisa que implique aumento de despesa, que pode ele, então, fazer, a título de dispor sobre "organização e funcionamento da Administração Federal"? Unicamente transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores – como, por exemplo, passar um departamento de um dado Ministério para outro Ministério ou para uma autarquia, e vice-versa; uma divisão alocada em certo departamento para outro departamento, uma seção pertencente a determinada divisão para outra divisão; e assim por diante. Pode, ainda, redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas algumas das atribuições dele – pois, se fossem todas, isto equivaleria a extinguir o órgão, o que é vedado pela Constituição.

Este é o regulamento previsto no art. 84, VI, "a". Mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências *já criados por lei*. Como é possível imaginar que isto é o equivalente aos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu, cuja compostura, sabidamente, é muitíssimo mais ampla?

Anote-se, por fim, que neste mesmo art. 84, VI, já agora na letra "b", está contemplado um caso em que é permitido ao Executivo expedir ato concreto de sentido contraposto a uma lei, pois ali se prevê a possibilidade de o Presidente da República extinguir cargos vagos. Como os cargos públicos são criados por lei, sua extinção por decreto, tal como ali prevista, implica desfazer o que por lei fora feito.

IV. Conceito de regulamento no Direito brasileiro

4. Nossa Constituição – tal como as que a precederam ao longo da história republicana – oferece elementos bastamente suficientes para caracterizar o regulamento e *delimitar-lhe as virtualidades normativas*.

Como logo ao diante se verá, segundo o que deles resulta, pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias* ***à execução de lei*** *cuja aplicação demande atuação da Administração Pública*. O regulamento previsto no art. 84, VI, é uma limitadíssima exceção, e apresenta uma fisionomia toda ela peculiar. Por isto mesmo, na sequência expositiva ulterior deixaremos de lado esta espécie de regulamento, cuja compostura já se esclareceu qual é, e que, por se constituir em uma *única e restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil, não justificaria fosse lembrada a todo momento, para advertir-se que naquela singularíssima hipótese o regime não é exatamente igual ao da generalidade dos regulamentos.

Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade no Brasil* impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato *estritamente subordinado*, isto é, meramente subalterno *e*, ademais, *dependente de lei*. Logo, com a ressalva acima feita, entre nós, só podem existir

regulamentos conhecidos no Direito alienígena como "regulamentos executivos".[3] Daí que, em nosso sistema, *de direito*, a função do regulamento é muito modesta.[4]

V. Diferenças entre lei e regulamento no Direito brasileiro

5. No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à origem. Não é tão só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo o que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento o que os discrimina. Esta característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a disseptação entre ambos no Direito brasileiro.

Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei *inova* em caráter inicial na ordem jurídica.

A distinção deles segundo a matéria, diz o citado mestre, "está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...). É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior".[5]

3. Nenhum outro tipo de regulamento é tolerado. Assim, não há lugar sequer, como ao diante se verá, para os chamados regulamentos "autorizados" ou "delegados", existentes em outros sistemas jurídicos. Muito menos haveria cogitar, entre nós, dos regulamentos ditos "independentes" ou "autônomos", conhecidos em alguns países.

4. Cirne Lima, ao tempo da Constituição de 1946, cujo tratamento irrogado ao regulamento não era diferente do atual, ensinara: "No presente, porém, a significação do regulamento é apagadíssima (...). Inoperante *contra legem* ou sequer *praeter legem*, o regulamento administrativo endereçado, como vimos, à generalidade dos cidadãos nenhuma importância como direito material possui. Avulta nele, certamente, o cometimento técnico. Cumpre-lhe resolver o problema da execução da lei – problema técnico-jurídico, por excelência" (*Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., Ed. RT, 1982, p. 40).

5. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, p. 373. Seabra Fagundes, cogitando das virtualidades normativas do regulamento, assinalou: "É certo que, como a lei, reveste o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente. Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, *mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará*, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso" (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Forense, 1979, p. 24, nota de rodapé 2 – os grifos são nossos).

VI. O regulamento ante o princípio da legalidade no Brasil

6. O Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei*".

Note-se que o preceptivo não diz "decreto", "regulamento", "portaria", "resolução" ou quejandos. Exige *lei* para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.

7. Em estrita harmonia com o art. 5º, II, precitado, e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de circunscrever a Administração, com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, delimita, então, o sentido da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer que ao Presidente da República compete "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e *regulamentos para sua fiel execução*". Nisto se revela que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para "fiel execução" da lei. Ou seja: entre nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como "executivos".

8. Reforçando, ainda mais, as dicções mencionadas, o art. 37 estabelece, enfaticamente, que: "A Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da *legalidade* (...)" etc.

Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado *princípio da legalidade*, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: "Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei".[6]

6. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2ª ed., t. III, Ed. RT, 1970, p. 314. As observações do autor citado foram feitas ao tempo da Carta de 1969, mas perante textos equivalentes aos ora vigentes.

9. Os preceptivos da Constituição brasileira, retrotranscritos, respondem com precisão capilar a objetivos fundamentais do Estado de Direito e exprimem com rigor o ideário e as preocupações que nele historicamente se substanciaram, pois seu projeto é o de que vigore o governo das leis e não o dos homens. Ou seja: a *rule of law, not of men*, conforme a assertiva clássica oriunda do Direito inglês.

Nos aludidos versículos constitucionais estampa-se o cuidado que engendrou a tripartição do exercício do Poder, isto é, o de evitar que os Poderes Públicos se concentrem em um "mesmo homem ou corpo de principais", para usar das expressões do próprio Montesquieu, cautela indispensável, porquanto, no dizer deste iluminado teórico: "é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai até que encontre limites". Nisto, aliás, justificou sua postulação de que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que o que julga não faça as leis nem as execute e que aquele que as executa não faça as leis nem julgue.[7]

A razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o Poder Público. E a fórmula, por excelência, asseguradora deste desiderato descansa na tripartição do exercício do Poder, graças a quê os cidadãos se garantem ante os riscos de demasias do Executivo, negando-lhe qualquer força jurídica para estabelecer as regras que impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas. Com efeito, foi exatamente para deter o poder do monarca, cujo sucessor é o Poder Executivo, que se concebeu este mecanismo, difundido no mundo civilizado.

10. Ressalte-se que, dispondo o art. 5º, II, da Constituição que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", com isto firmou o princípio da *garantia da liberdade como regra*, segundo o qual "o que não está proibido aos particulares está, *ipso facto*, permitido". Ante os termos do preceptivo, entende-se: "o que não está *por lei* proibido, está juridicamente permitido".

De outro lado, conjugando-se o disposto no artigo citado com o estabelecido no art. 84, IV, que só prevê regulamentos para "fiel execução das leis", e com o próprio art. 37, que submete a Administração ao *princípio da legalidade*, resulta que vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar – oposto ao da autonomia da von-

7. *De l'Esprit des Lois*, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869, pp. 142 e 143.

tade –, segundo o qual: o que, *por lei*, não está antecipadamente permitido à Administração está, *ipso facto*, proibido, de tal sorte que a Administração, para agir, depende integralmente de uma anterior previsão legal que lhe faculte ou imponha o dever de atuar.

Por isto deixou-se dito que o regulamento, *além de inferior, subordinado*, é ato *dependente de lei*.

11. Na doutrina, quer nacional, quer alienígena, acotações do mesmo jaez podem ser colhidas aos racimos. Assim, entre nós, Hely Lopes Meirelles anotou: "Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".[8] Cirne Lima, com sua incontendível autoridade, prelecionou: "Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, consequentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito".[9] O nunca assaz pranteado Seabra Fagundes, expressão pinacular do Direito Público brasileiro, resumiu tudo em frase lapidar, por sua exatidão e síntese, ao dizer que administrar é *aplicar a lei de ofício*.[10] Assim, consoante se averbou em outro passo, a legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação.

12. Entre os publicistas estrangeiros, enunciados da mesma força encontram-se aos bolhões, ainda que sejam exagerados em face dos respectivos Direitos, nos quais, ao contrário do que sucede no Direito brasileiro, inexistem contenções tão rígidas quanto as nossas, pois, nos países de origem dos referidos doutrinadores, ao poder regulamentar é reconhecível uma extensão maior do que entre nós.

Disse Fritz Fleiner: "Administração legal significa, pois: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições".[11] O eminente Professor de Coimbra Afonso Rodrigues Queiró proferiu os seguintes preciosos ensinamentos: "A atividade administrativa é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categoria legais";[12] ou: "O Executivo é a *longa manus*

8. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 89.

9. *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., Ed. RT, 1982, p. 22.

10. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Forense, 1979, pp. 4 e 5.

11. *Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87.

12. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder*, Coimbra Editora, 1940, p. 19.

do legislador".[13] Renato Alessi indica que a atividade administrativa subordina-se à legislativa tanto em um sentido *negativo* (proibições concernentes a atividades, finalidades, meios e formas de ação) quanto em um sentido *positivo*, significando este último não apenas que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades, meios ou formas, mas que, sobretudo no que concerne a atividades de caráter jurídico, a Administração "pode fazer tão somente o que a lei consente".[14] Michel Stassinopoulos cunhou esta admirável frase para descrever a inevitável dependência administrativa da lei no Estado de Direito: "Em um Estado de Direito, a Administração encontra-se não apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas é obrigada a agir sempre *secundum legem*".[15] Ernst Forsthoff encarece as relações entre o princípio da legalidade e a liberdade individual ao esclarecer que isto se dá por uma dupla maneira: por um lado, através do expresso reconhecimento de liberdades determinadas, tanto pela Constituição como pelas leis ordinárias, e, de outro, graças ao princípio da legalidade da Administração, "que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de Poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei e que o legislador não expede, sob forma de leis, atos administrativos".[16]

13. Certamente, esta integral subordinação da Administração à lei não é fórmula mágica, nem suficiente, só por só, para assegurar os objetivos que a nortearam. Contudo, certamente é condição importantíssima para que se realizem.

A assertiva ganha particular relevo no caso de povos cuja história jurídico-política, por força de subdesenvolvimento social, cultural, político e econômico, está pejada de fases em que o Direito coincide com a vontade do Chefe do Poder Executivo e por isso desliga-se do corpo social. Como se sabe, este é rigorosamente o caso do Brasil.

Por tal razão, a regra do art. 5º, II, bem como o disposto nos arts. 37 e 84, IV, da Carta Magna do país possuem relevo transcendente,

13. *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Atlántida, 1968, p. 9.

14. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Giuffrè, 1960, p. 9.

15. *Traité des Actes Administratifs*, Atenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69.

16. *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã, de 1966, por Michel Fromont, Bruxelas, Établissements Émile Bruylant, 1969, p. 282.

pois assumem função-chave no sistema jurídico. Correspondem a verdadeira pedra angular de nosso Direito Público, na medida em que respondem pelo critério de preservação de um ponto nodular da ordem jurídica brasileira. Deles depende a mantença, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado.

Pode ocorrer que o princípio em causa não desempenhe tão transcendente papel efetivo em outros sistemas jurídicos, mas no Direito brasileiro é, por sem dúvida, princípio de fulgurante importância. Cabe-lhe não apenas o caráter de preceito impositivo, mas também o de esteio para contenção de intemperanças estatais. Por isto, o conteúdo estimativo vazado nos preceitos constitucionais referidos ultrapassa até mesmo o rigor de suas claríssimas letras, para assumir a função de tônica do sistema, vetor axiológico que deve iluminar a análise e a inteligência de quaisquer regras editadas pelo Estado.

14. Também por tudo isto se explica o redobrado cuidado do constituinte ao reiterar, no âmbito das liberdades econômicas, a absoluta inteireza e valia destas colunas mestras de nosso sistema, conforme resulta do art. 170 – encarecedor da liberdade de iniciativa –, de seu inciso IV – encarecedor da livre concorrência – e do parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Reitera-se, pois, neste campo, a submissão total dos atos administrativos à lei, ao encarecer-se que só por lei é possível restringir a liberdade econômica.

Para vincar ainda mais reiteradamente a diretriz consagradora da subordinação da Administração à lei, a Constituição, em inúmeros dispositivos atinentes a presumíveis atuações estatais, agrega cauteloso acréscimo: "nos termos da lei".

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, *só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer*. Vale dizer: *restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei*, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma *dependente dela*, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento.

15. Pode parecer, até mesmo, estranho que a Lei Maior haja se ocupado com tão insistente reiteração em sublinhar a inteireza do princípio da legalidade. Fê-lo, entretanto, a sabendas, por advertida contra a tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas *ad nauseam* encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo.[17]

17. Nossa forte tradição autoritária leva a que, sob olhares complacentes de uma sociedade desconhecedora dos rudimentos da cidadania e, por isto mesmo, naturalmente submissa, o Executivo pisoteie, a cotio e a sem fins, os mais comezinhos princípios do Estado de Direito, sem encontrar oposição decidida dos demais Poderes do Estado ou das instituições não governamentais. Note-se que se está a falar dos períodos, aliás raros, em que não estivemos sob os tacões de alguma ditadura. Em outra nota de rodapé já relembramos que, desde a República, vivemos muito poucos anos de democracia e, ademais, "relativa". Cumpre, ainda, assinalar que, por ocasião da última ditadura, instaurada pelo golpe que os militares, atiçados pelos setores civis mais conservadores do País, desfecharam em 1.4.1964, inaugurou-se um período, ainda não concluído, em que os economistas, graças ao prestígio que então se lhes concedeu – e que até hoje perdura –, foram erigidos em novos *gurus* da sociedade brasileira. Estes, associando, paradoxalmente, de um lado, um menoscabo profundo pelo Direito e, de outro, uma credulidade quase que infantil no poder das normas para transformar a realidade infraestrutural, converteram-se, graças a isto, em alimentadores de um sistema de produção desatada de regras jurídicas inconstitucionais, sempre geradas no ventre do Executivo. Produziram, destarte, uma torrente de normas administrativas invasivas da esfera legislativa e uma contínua instabilização jurídica, de resto, altamente perturbadora tanto da ordem social quanto da previsibilidade necessária aos agentes econômicos, gerando um caos, cujos resultados bem se podem apreciar nos alarmantes índices sociais a que o País chegou. Mesmo ultrapassado o período castrense, estes maus hábitos perduraram, ou seja: continuam tais *gurus* a influenciar vivamente a sociedade e persiste-se crendo, com eles, que é preciso a todo instante produzir novas normas e rapidamente, sem os cerceios inerentes à tramitação e aprovação legislativa, ainda que estejam em pauta a alteração de direitos e a criação de obrigações para os cidadãos. Assim se foi impondo uma generalizada complacência com as violações do princípio da legalidade. Por isto, sob a atual Constituição, o Executivo, ao tempo do Sr. Fernando Henrique Cardoso, incidiu em verdadeiro defluxo de "medidas provisórias", praticamente todas elas manifestamente inconstitucionais, com o quê, entretanto, parece que ninguém se importou, sendo certo que o principal omisso em rechaçá-las por tal coima foi o próprio Poder Legislativo.

Convém assinalar, entretanto, que todas as observações precedentemente feitas, tanto como as que virão a seguir, não excluem a possibilidade de normas produzidas no próprio âmbito da Administração,[18] e que, ao contrário dos regulamentos, não haurem diretamente na lei (e sim indiretamente) suas possibilidades reguladoras, pois derivam de relações específicas instauradas entre Administração e administrados, consistindo em manifestações da chamada "supremacia especial" (cf. Capítulo XIV, n. 12).

VII. Finalidade e natureza da competência regulamentar

16. Já se viu que o fundamento normativo da competência regulamentar é o art. 84, IV, da Constituição Federal. Cumpre, entretanto, indagar o que abstratamente justifica se atribua ao Chefe do Poder Executivo a expedição de normas gerais complementares à lei.

A Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis *pressupõe uma interferência de órgãos administrativos* para a aplicação do que nelas se dispõe, *sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta.*

17. Assim, inúmeras vezes, em consequência da necessidade de uma atuação administrativa, suscitada por lei dependente de ulteriores especificações, o Executivo é posto na contingência de expedir normas a ela complementares.

Ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos *aspectos procedimentais* de seu comportamento quanto no que respeita aos *critérios que devem obedecer em questões de fundo*, como condição para cumprir os objetivos da lei. Ao conceituar o regulamento, o Prof. O. A. Bandeira de Mello frisa precisamente que suas regras são "referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público",[19] e assinala que "hão de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da

18. Também algumas vezes nominadas como "regulamentos", embora mais frequentemente recebam, entre outras denominações, as de "estatutos" ou "regimentos".

19. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, p. 359.

órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas".[20]

18. Em face do quanto foi dito, já se pode assinalar e enfatizar que:

a) Onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá cabida para regulamento. Foi o que Geraldo Ataliba esclareceu luminosamente: "*Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende*. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis".[21]

b) Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta –, não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente.

19. É esta segunda conclusão que abre passo para uma terceira, a saber: o regulamento executivo, único existente no sistema brasileiro, é um meio de disciplinar a *discrição administrativa*, vale dizer, de regular a liberdade relativa que viceje no interior das balizas legais, quando a Administração esteja posta na contingência de executar lei que demande ulteriores precisões.

Com efeito, salvo quando têm em mira a especificidade de situações redutíveis e reduzidas a um padrão objetivo predeterminado, a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularização normativa ulterior. Daí que o regulamento *discricionariamente* as procede e, assim, cerceia a liberdade de comportamentos dos órgãos e agentes administrativos *para além dos cerceios da lei*, impondo, destarte, padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares.

20. Sem estes padrões impostos na via administrativa, os órgãos e agentes administrativos guiar-se-iam por critérios díspares ao aplicarem a lei, do que resultariam tratamentos desuniformes aos administrados. A mesma lei seria executada de maneiras distintas. Donde, a expedição de regulamentos é ditada, como ao diante melhor se dirá,

20. Ob. cit., p. 368.

21. "O decreto regulamentar no sistema brasileiro", *RDA* 97/28 (o grifo é nosso).

por exigências jurídicas inescusáveis derivadas do *princípio da igualdade*, firmado, entre nós, no art. 5º, *caput*, da Carta Magna.

Há, pois, uma razão relevantíssima que reclama juridicamente a edição de regulamentos. É, consoante se disse, a necessidade de tratar *uniformemente* os indivíduos, em nome do princípio da igualdade.

21. Compreende-se que o titular da competência para determinar estes critérios ou padrões seja o Chefe do Poder Executivo, pois ele é o supremo hierarca da Administração. Donde, a ele e não a outrem é que o Texto Constitucional haveria de atribuir, como atribuiu, titulação para expedir os regulamentos. Assim, o Chefe do Poder Executivo, exercendo seu *poder hierárquico*, restringe os comportamentos possíveis de seus subordinados e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Destarte, uniformiza, processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos.

22. Costuma-se referir a atribuição regulamentar conferida ao Chefe do Poder Executivo designando-a como "poder regulamentar". Embora de uso corrente e moente, a expressão é infeliz. Melhor seria designar tal atribuição como "dever regulamentar", pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providência, e não meramente um "poder" de fazê-lo.[22]

Com efeito, tal como já o dissemos em outras passagens, as autoridades executivas são exercentes de função administrativa e a ideia de função, no Estado de Direito, traz consigo a de um "dever" de atuar em favor de finalidade instituída para satisfação de interesse alheio (o interesse da coletividade, não o do agente e nem mesmo o do aparelho estatal). Assim, toda competência administrativa é um "dever" de praticar o ato idôneo para atendimento da finalidade protetora do interesse público, isto é, da coletividade. Tal desempenho implica o exercício de um poder, o qual, bem se vê, é meramente ancilar, instrumental, deferido como requisito insuprimível para que seu titular possa desincumbir-se do dever posto a seu cargo e delimitado, caso a caso, por esta mesma razão que o conforma.

22. Vanessa Vieira de Mello esclarece que prefere falar em "competência regulamentar", ao invés de "poder regulamentar", por considerar tal terminologia mais compatível com o Estado Democrático de Direito (*Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Dialética, 2001, p. 45).

Donde, o poder é meramente a contraface do dever, e não o contrário. Eis por que não satisfaz falar-se em poder-dever, pois o dever não é a contraface do poder, mas, inversamente, o poder é que é a contraface do dever. Ou seja: no Estado de Direito não se instituem os distintos deveres dos administrados para dar satisfação ao poder da autoridade, mas, reversamente, instituem-se deveres das autoridades de bem servirem ao interesse dos administrados, o que demanda a disponibilidade dos poderes necessários para que possam desincumbir-se deste mister.

23. Por tais motivos, fácil é compreender-se que, se uma lei depende de regulamentação para sua operatividade, o Chefe do Executivo não pode paralisar-lhe a eficácia, omitindo-se em expedir as medidas gerais indispensáveis para tanto. Admitir que dispõe de liberdade para frustrar-lhe a aplicação implicaria admitir que o Executivo tem titulação jurídica para sobrepor-se às decisões do Poder Legislativo. Tanto é exato que omissão em regulamentar se caracteriza como descumprimento de dever jurídico que o art. 5º, LXXI, da Lei Magna estabelece: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Ademais, o art. 85, VII, capitula como "crime de responsabilidade" o ato do Presidente que atente "contra o cumprimento das leis (...)". Frustrar a execução de uma lei é descumpri-la por omissão.

24. Ao cabo do que se expôs neste tópico, pode-se dizer que a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução das leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados.

Sua natureza é a de um dever jurídico: o de proceder a uma delimitação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resultava para a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um *comportamento uniforme perante situações iguais.*

VIII. Limites ao regulamento no Direito brasileiro: a delegação legislativa disfarçada

25. Disse Pontes de Miranda:

"Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações

ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica.

"Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico.

"Se, regulamentando a lei 'a', o regulamento fere a Constituição ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, e – em consequência – nulo o que editou.

"A pretexto de regulamentar a lei 'a', não pode o regulamento, sequer, ofender o que, a propósito de lei 'b', outro regulamento estabelecera."[23]

26. Esta longa – mas oportuna – citação calha à fiveleta para indicar que ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação *novos*. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e *identificados* na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as *condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege*.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só

23. Ob. cit., t. III, pp. 316 e 317.

pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que "ninguém poderá ser obrigado a *fazer* ou *deixar de fazer* alguma coisa senão em virtude *de lei*" deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia *constitucional* aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.

É dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *ora* em virtude de *regulamento*, *ora* de *lei*, ao líbito do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É óbvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida.

27. Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação *disfarçada*, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. *Disto se ressalva, tão só, a hipótese de "leis delegadas" – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68 e segundo as condições e limites ali estabelecidos.*[24]

24. "Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

"§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Com efeito, a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno, de acordo com o qual: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". É que, sendo certo e indiscutido que os três Poderes existem precisamente para apartar as funções que lhes são correspondentes, se pudessem delegar uns aos outros as que lhes são próprias, a tripartição proclamada pela Lei Maior não estaria nela ou por ela assegurada. Pelo contrário, dependeria do maior ou menor amor que os titulares destes conjuntos orgânicos devotassem às atribuições que lhes concernem, ensejando-lhes, pois, manter ou desfazer, a seus talantes, o esquema jurídico-político que a Constituição instituiu para benefício e garantia dos cidadãos.

Tal indelegabilidade, portanto, não é homenagem vã aos ocasionais detentores das distintas funções estatais. Significa, isto sim, cautela estatuída em prol dos administrados, isto é, óbice a que qualquer dos Poderes se demita de sua missão própria ou seja complacente com o uso de atribuições suas, trespassando-as para outro Poder, no que estaria derrocando todo o sistema de repartição de Poderes, concebido para a proteção dos indivíduos.

Outrossim, a própria possibilidade de existirem "leis delegadas", conforme acima referido, *torna óbvio que não podem existir "delegações disfarçadas", procedidas indireta ou implicitamente*. Com efeito, a simples previsão desta espécie legislativa demonstra, *a contrario sensu*, que a regra é a indelegabilidade.

28. A questão é transcendente, vez que de nada adiantariam aturadas cautelas para acantonar o regulamento em seu campo de expressão próprio se, por força da própria obra legislativa, fosse possível, legitimamente, dilatar-lhe a esfera e ensejar infiltração do Executivo em setor que se quer defendido contra suas eventuais incursões. Em uma palavra: no setor da liberdade e do patrimônio dos indivíduos. Donde, mesmo a previsão constitucional de um procedimento próprio, com limitações específicas, para a delegação legislativa contemplada no art. 68 converter-se-ia em letra morta, meio desprezível de contenção dos Poderes a seus limites

"§ 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

"§ 3º. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda."

naturais, se o Executivo pudesse beneficiar-se de delegação disfarçada, atingida pela via transversa de uma regulação legal excessivamente vaga, cuja imprecisão lhe ensejasse compor suas próprias imposições nascidas no vazio, isto é, no intervalo contido dentro de balizas complacentes.

Seria absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada, graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. É que, como disse o precitado Geraldo Ataliba, em frase altamente sugestiva: "Ninguém construiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão".

29. Este perigo das delegações disfarçadas é especialmente vitando e muito presente no Brasil. Contra ele advertiu Pontes de Miranda, ao apostilar: "Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as existentes e sem alteração da própria lei regulamentada. Fora daí, espíritos contaminados pelo totalitarismo de fonte italiano-alemã pretenderam fazer legítimas, de novo, as delegações legislativas que a Constituição de 1946, no art. 36, § 2º, explicitamente proibiu. Na Constituição de 1967, o art. 6º, parágrafo único, primeira parte, também as veda, mas admite a lei delegada (arts. 52 e parágrafo único, 53 e 54). Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais, ou estendê-las, ou limitá-las".[25]

30. Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede *quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição*. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obriga-

25. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2ª ed., t. III, Ed. RT, 1970, pp. 312 e 313. Cabe, aqui, repetir anotação feita em precedente nota de rodapé: as observações do autor citado foram expendidas ao tempo da Carta de 1969, mas perante textos equivalentes aos ora vigentes.

ções, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada.

Entre nós, este procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso foi praticado inúmeras vezes e do modo mais flagrante possível. Nisto se revela o profundo descaso que, infelizmente, nossos legisladores têm tido na mantença das prerrogativas do Poder em que se encartam, demonstrando, pois, um cabal desapreço pela Constituição e – pior que isto – olímpica indiferença pela salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos.

Assim, inúmeras são as leis que deferem, *sic et simpliciter*, a órgãos colegiais do Executivo – como ao Conselho Monetário Nacional, por exemplo – o poder de expedir decisões ("resoluções") cujo conteúdo só pode ser o de lei.

Se foram mais raras as delegações apresentadas na inteireza de um diploma legal, não o foram as delegações inseridas em alguns artigos de certas leis. E graças a eles, com relação a determinados pontos versados pela lei, escancara-se para o Executivo larga porta pela qual tem legislado, inconstitucionalmente, por via de regulamentos, abrigado no conforto de dispositivos nulos.

De todo modo, ostensiva ou disfarçada, genérica ou mais restrita, assentada no todo da lei ou no incidente particular de algum preceptivo dela, a delegação do poder de legislar conferida ao regulamento é sempre nula, pelo quê ao Judiciário assiste – como guardião do Direito – fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação.

31. Atualmente, entretanto, estas leis inconstitucionais, bem como os atos que acaso se pretenda expedir com base nelas, *estão fulminados por expressa determinação do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,* o qual, se, de um lado, vale como confirmação de que foram inúmeros os abusos, de outro, representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir. É o seguinte o seu teor: "Ficam revogados, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie".

32. Como postremeira observação, impende reiterar o que constou de advertência de Pontes de Miranda em trecho dantes colacionado. A saber: regulamento jamais pode contrariar o que conste de alguma lei ou ditar restrições que se contraponham ao estatuído em alguma norma legal. A título de regulamentar dada lei, o Executivo não pode interferir com o que conste de outra. Ou esta última já foi afetada *diretamente* por dispositivos antinômicos constantes da própria lei nova – e que, por isso mesmo, derrogaram ou modificaram os preceitos da lei anterior –, ou permanece incólume, com sua força jurídica integral. Daí que os direitos e situações jurídicas que estejam sob seu amparo são insuscetíveis de amesquinhamento pelos ditames introduzidos por regulamento que disciplina diversamente a matéria.

IX. O objeto da competência regulamentar

33. Visto – e de modo abundante – que, entre nós, os regulamentos se destinam à execução de uma lei e que não podem extravasar os termos do que nela se dispõe sobre direitos e obrigações dos administrados, cumpre indagar: o que justificará a edição de um regulamento, se este nada pode acrescer na esfera de direitos e obrigações dos administrados? Qual poderá, então, ser seu conteúdo, isto é, que espécies de disposições são admissíveis?

Em diferentes conceituações ou comentos sobre o regulamento, para aclarar-lhe a compreensão, costuma-se dizer que os regulamentos executivos destinam-se a "explicitar" o conteúdo da lei, às vezes menciona-se que "interpretam" a lei, ou diz-se que "existem para explicá-la", e em outras tantas averba-se ser sua função a de "desenvolver" ou "pormenorizar" o texto regulamentando.

Todas estas fórmulas são altanto vagas, imprecisas e terminam por não fornecer a elucidação necessária e suficiente. Cumpre, pois, procurar outros níveis de precisão e densidade, pois o que realmente importa é dissipar a fluidez destas afirmações, mormente se, com elas, quer-se deveras indicar que o conteúdo próprio dos regulamentos é especificar com maior minudência a regência de situações cuja *previsão* e *disciplina* já tenham sido antecipadamente traçadas na lei, mas sem pormenores cujo agregado, por via administrativa, conquanto conveniente ou imprescindível, não afeta a *configuração dos direitos e obrigações nela formados.*

De fato, o que interessa é saber qual o conteúdo próprio – e simultaneamente possível – do regulamento. Vale dizer: cumpre indicar o que é suscetível de ser por ele disciplinado, no que se aclaram também, *ipso facto*, suas virtualidades normativas no Direito brasileiro. É o que se busca fazer em seguida.

34. O regulamento tem cabida quando a lei pressupõe, para sua execução, a instauração de relações entre a Administração e os administrados cuja disciplina comporta uma certa *discricionariedade administrativa*. Isto ocorre nos seguintes dois casos:

a) *Um deles* tem lugar sempre que necessário um regramento *procedimental* para regência da conduta que órgãos e agentes administrativos deverão observar e fazer observar, para cumprimento da lei, na efetivação das sobreditas relações. Certamente foi a este tipo de disposições que Geraldo Ataliba aludiu ao dizer que o regulamento cumpre uma função de "acomodar o aparelho administrativo" para a fiel observância das leis.[26] Mais clara ainda é a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em sua aprofundada análise do regulamento, dizendo que com os regulamentos executivos a Administração estabelece "as regras orgânicas e processuais" para boa execução da lei.[27]

São desta espécie, *e.g.*, as providências constantes dos Regulamentos do Imposto Sobre a Renda, nas quais se dispõe em que formulários serão feitas as declarações, de que modo e sob que disposição se apresentarão os lançamentos, onde, em que prazo e até que horário será aceita a entrega das declarações etc.

Note-se que, se inexistissem tais disposições concernentes ao *modus procedendi*, a multiplicidade de maneiras pelas quais se poderiam efetuar ensejaria que órgãos e agentes públicos, por desfrutarem de certa discrição perante tais questões – dada a ausência de pormenores legais quanto a isto –, adotassem soluções díspares entre si, incompatíveis com a boa ordem administrativa e com a igualdade de tratamento a que os administrados fazem jus.

26. São as seguintes as palavras do preclaro publicista, em artigo de mão e sobremão publicado na *RDA* 97/23, julho-setembro/1969: "Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la".

27. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, p. 369.

Assim, ao prefixar o modo pelo qual se processarão tais relações, o regulamento coarta esta discrição, pois limita a conduta que órgãos e agentes terão de observar e fazer observar. Destarte, assegura-se uma uniformidade de procedimento, pelo qual se garante obediência ao cânone fundamental da igualdade, que sofreria transgressões se inexistisse a medida regulamentar.

b) *Uma segunda hipótese* ocorre quando a dicção legal, em sua generalidade e abstração, comporta, por ocasião da passagem deste plano para o plano concreto e específico dos múltiplos atos individuais a serem praticados para aplicar a lei, intelecções mais ou menos latas, mais ou menos compreensivas. Por força disto, *ante a mesma regra legal e perante situações idênticas*, órgãos e agentes poderiam adotar medidas diversas, isto é, não coincidentes entre si.

35. Alerte-se que estamos nos referindo *tão só e especificamente* aos casos em que o enunciado legal pressupõe uma *averiguação ou operacionalização técnica* – conforme adiante melhor aclararemos – a serem resolutas em nível administrativo, até porque, muitas vezes, seria impossível, impraticável ou desarrazoado efetuá-las no plano da lei.[28]

Então, para circunscrever este âmbito de imprecisão que geraria comportamentos desuniformes *perante situações iguais* – inconviventes, pois, com o preceito isonômico –, a Administração limita a *discricionariedade* que adviria da dicção inespecífica da lei.

Sirvam de exemplo – para referir hipóteses lembradas por Geraldo Ataliba – regulamentos que caracterizam certas drogas como prejudiciais à saúde ou medicamentos como potencialmente perigosos; os que, a bem da salubridade pública, delimitam o teor admissível de certos componentes em tais ou quais produtos; os que especificam as condições de segurança mínima nos veículos automotores e que estabelecem as condições de defesa contra fogo nos edifícios.

Todos eles são expedidos com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisá-

28. É que, fora destas hipóteses, descaberia restrição da discricionariedade, pois a lei a confere aos agentes públicos precisamente para que possam verificar, no caso concreto, ante a fisionomia específica das múltiplas e polifacéticas situações particulares, qual a providência que, em face de suas peculiaridades, atenderá com exatidão máxima ao interesse jurídico nela contemplado (cf. Capítulo VII, ns. 97 e 98, e Capítulo XIX, ns. 13 e 14). Para aprofundar o assunto, v., ao respeito, nosso *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir., Malheiros Editores, 2012, Capítulo I, pp. 32-37, ns. 25-31.

veis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem o influxo das rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, *níveis diversos no grau das exigências administrativas* adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados.

36. Ditos regulamentos cumprem a imprescindível função de, balizando o comportamento dos múltiplos órgãos e agentes aos quais incumbe fazer observar a lei, *de um lado, oferecer segurança jurídica aos administrados* ***sobre o que deve ser considerado proibido*** *ou* ***exigido pela lei*** (e, *ipso facto*, excluído do campo da livre autonomia da vontade), e, de outro lado, *garantir aplicação isonômica da lei*, pois, se não existisse esta normação infralegal, alguns servidores públicos, em um dado caso, entenderiam perigosa, insalubre ou insegura dada situação, ao passo que outros, em casos iguais, dispensariam soluções diferentes.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, referindo-se a situações do gênero, adverte que não há, nisto, configuração de regulamento autorizado ou delegado, mas regulamento de execução de lei ao se exercitar o "poder conferido pelo Legislativo ao Executivo para determinar fatos e condições objeto de textos legislativos, que no Direito americano se enfeixa nos chamados regulamentos contingentes".[29]

É bem de ver que as disposições regulamentares a que ora se está aludindo presumem, sempre e necessariamente, uma *interpretação* da lei aplicanda, na medida em que, ao proceder à "qualificação" especificadora em que se traduz seu conteúdo, vai subentendido – o que é requisito de validade do regulamento – inexistir qualquer acréscimo ao que, virtualmente, já se continha na estatuição legal. É dizer: a precisão aportada pela norma regulamentar não se propõe a agregar nada além do que já era *comportado* pela lei, mas simplesmente inserir caracteres de exatidão ao que se achava difuso na embalagem legal. Além disto, entretanto, na medida em que estabeleça um nível de concreção *mais denso e mais particularizado* do que aquele residente na lei, comprimirá as alternativas admissíveis em face dela e, portanto, restringirá a discricionariedade que preexistia à norma regulamentar.

29. Ob. e vol. cits., p. 355.

37. A respeito destes regulamentos cabem importantes acotações.

A primeira delas é a de que interpretar a lei todos fazem – tanto a Administração, para impor-lhe a obediência, quanto o administrado, para ajustar seu comportamento ao que nela esteja determinado –, mas só o Poder Judiciário realiza, caso a caso, a interpretação reconhecida como a "verdadeira", a "certa", juridicamente. Segue-se que, em juízo, poderá, no interesse do administrado, ser fixada interpretação da lei distinta da que resultava de algum regulamento. De outra parte, entretanto, não há duvidar que o regulamento vincula a Administração e firma para o administrado exoneração de responsabilidade ante o Poder Público por comportamentos na conformidade dele efetuados. Isto porque o regulamento é ato de "autoridade pública", impositivo para a Administração e, reflexamente, mas de modo certo e inevitável (salvo questionamento judicial), sobre os administrados, que, então, seja por isto, seja pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, têm o direito de, confiadamente, agir na conformidade de disposições regulamentares.

38. A segunda acotação é a de que – conforme dantes se disse e agora melhor se explica – estas medidas regulamentares concernem tão somente à *identificação ou caracterização técnica dos elementos ou situações de fato* que respondem, já agora de modo preciso, aos conceitos inespecíficos e indeterminados de que a lei se serviu, exatamente para que fossem precisados depois de estudo, análise e ponderação técnica efetuada em nível da Administração, com o concurso, sempre que necessário, dos dados de fato e dos subsídios fornecidos pela Ciência e pela tecnologia disponíveis.

Relembrem-se os exemplos anteriores. Reconhecer quais são os equipamentos indispensáveis à segurança que um veículo deve oferecer ao usuário (para bem atender à norma legal que faça tal exigência) corresponde a analisar quais são os recursos disponíveis em face da tecnologia da época e das possibilidades efetivas de sua pronta utilização, levando em conta, *também*, fatores atinentes ao custo deles, de tal modo a não se fazerem exigências tão excessivas que os tornem impraticáveis, nem tão insignificantes que comprometam a razão de ser do dispositivo legal regulamentado. O mesmo se dirá no tocante à segurança contra fogo nas edificações. Se a lei impõe, sem maiores especificações, a adoção de equipamentos de segurança, o mesmo critério se impõe para as normas regulamentares que qualifiquem o que será tido como tecnicamente necessário para atender ao desígnio legal.

Nota-se, pois, que as disposições regulamentares aludidas resultam do exercício conjugado da impropriamente chamada "discricionariedade técnica" com a "discricionariedade administrativa", visto que entram em pauta tanto fatores técnicos quanto de conveniência (no que concerne ao nível de exigências) e oportunidade; visível esta última característica quando são estabelecidas exigências progressivas no tempo.

39. Finalmente, cumpre considerar que há também um espaço para o exercício da função regulamentar alheio a *qualquer exercício de discricionariedade administrativa*. Tem lugar quando o regulamento pura e simplesmente enuncia de modo analítico, é dizer, desdobradamente, tudo aquilo que estava enunciado na lei mediante conceitos de "síntese".

Neste caso, o regulamento – além de nada acrescentar, pois isto ser-lhe-ia, de todo modo, defeso – também *nada restringe* ou suprime do que se continha nas possibilidades resultantes da dicção da lei. Aqui, ainda é mais evidente sua função interpretativa, que será, no que a isto concerne, *exclusivamente interpretativa*, cumprindo meramente a função de *explicitar* o que consta da norma legal ou *explicar* didaticamente seus termos, de modo a "facilitar a execução da lei", expressões, estas, encontráveis, habitualmente, nos conceitos doutrinários correntes sobre regulamento. Quando Seabra Fagundes diz que "seu objetivo é tão somente facilitar ... (pela especificação do processo executório e) ... *pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei*, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo",[30] está, ao que se depreende desta expressão grifada, reportado, aí, precisamente à hipótese ora cogitada.

Se uma lei, *e.g.*, fixar um dado impedimento "aplicável tão só aos servidores cuja retribuição por subsídio já esteja prevista como obrigatória na própria Constituição" e seu regulamento estabelecer que dito impedimento só se aplicará a (1) Presidente e Vice-Presidente da República, (2) Ministros de Estado, (3) Governadores e Vice-Governadores, (4) Secretários Estaduais, (5) Prefeitos e Vice-Prefeitos, (6) Secretários Municipais, (7) Senadores, (8) Deputados Federais, (9) Deputados Estaduais, (10) Vereadores, (11) Ministros do STF, (12) Ministros dos Tribunais Superiores e componentes dos demais Tribunais Judiciais, (13) Magistrados em geral, (14) mem-

30. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Forense, 1979, p. 24, nota de rodapé 2 – os grifos são nossos.

bros do Ministério Público, (15) membros da Advocacia-Geral da União, (16) da Defensoria Pública, (17) Procuradores de Estado e do Distrito Federal, (18) servidores policiais das Polícias Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e (19) Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas, nada mais terá feito senão referir analiticamente o conjunto de agentes que já estavam compreendidos na dicção legal.

40. Em síntese: os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) *limitar a discricionariedade administrativa*, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) *caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos* cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações *técnicas* segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica;[31] (II) *decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos*, mediante simples discriminação integral do que neles se contém.

X. Diferenças entre lei e regulamento quanto às garantias do administrado

41. Seria grave equívoco supor que o fato de o regulamento ser regra geral e normalmente abstrata, proveniente, ademais, de autoridade eletivamente investida, aproxima-o da lei quanto às garantias democráticas que proporciona, minimizando, assim, os inconvenientes de não promanar do Legislativo. Com este tipo de argumen-

31. Repise-se, novamente, que, a instâncias do interessado, o Judiciário poderá fulminar exigências regulamentares descabidas, isto é, que desbordem do âmbito compreensivo dos conceitos legais fluidos, cujos sentidos e extensões hão de ser tomados com as cautelas que derivam de sábia advertência feita por Carlos Maximiliano, o mestre maior em princípios exegéticos. A saber: "*Deve o Direito ser interpretado **inteligentemente***: não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Livraria do Globo, 1933, p. 183 – grifos do autor).

to pretende-se que não há diferença muito significativa entre estas duas espécies de atos normativos, buscando-se, destarte, justificar certa tolerância com regulamentos que vão além da simples execução de lei, como ocorre em outros países.

Tais alegações não resistem ao menor exame. O fato de a lei ser geral e abstrata – concorrendo, então, para prestigiar os valores de *impessoalidade* e da *igualdade*, na medida em que tal estrutura normativa embaraça naturalmente as perseguições e favoritismos – não é a única razão que justificaria confiar-se ao Poder Legislativo o delicado mister de disciplinar a liberdade e a propriedade das pessoas.[32]

Com efeito, os regulamentos também são, normalmente, gerais e abstratos. Contudo, há diferenças extremamente relevantes entre eles e as leis. Estas diferenças, a seguir referidas, ensejam que as leis ofereçam aos administrados garantias muitas vezes superiores às que poderiam derivar unicamente das características de abstração e generalidade também encontradiças nos regulamentos.

42. Deveras, as leis provêm de um órgão colegial – o Parlamento – no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, de tal sorte que o Congresso se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica, as leis – que irão configurar os direitos e obrigações dos cidadãos –, necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum contemperamento entre as variadas tendências. Até para a articulação de uma maioria são necessárias transigências e composições, de modo que a matéria legislada resulta como o produto de uma interação, ao invés da mera imposição rígida das conveniências de uma única linha de pensamento.

Com isto, as leis ganham, ainda que em medidas variáveis, um grau de proximidade em relação à média do pensamento social predominante muito maior do que o que ocorreria caso fossem a simples expressão unitária de uma vontade individual, embora representativa, também ela, de uma das facções sociais. É que, afinal, como

32. Não há, entretanto, como contestar que a *igualdade de todos* constitui-se, sem dúvida alguma, em objetivo importantíssimo que, através do princípio da legalidade, se pretende colocar a bom recato. Não sem razão, o lema da Revolução Francesa – movimento instaurador das ideias do Estado de Direito no Continente europeu – era "Liberté, *Egalité*, Fraternité", e não "Liberté, *Légalité*, Fraternité".

bem observou o insuspeito Kelsen, o Legislativo, formado segundo o critério de eleições proporcionais, ensejadoras, justamente, da representação de uma pluralidade de grupos, inclusive de minorias, é mais democrático que o Executivo, ao qual se acede por eleição majoritária.

Se fosse possível, mediante simples regulamentos expedidos por presidente, governador ou prefeitos, instituir deveres de fazer ou não fazer, ficariam os cidadãos à mercê, se não da vontade pessoal do ungido no cargo, pelo menos, da perspectiva unitária, monolítica, da corrente de pensamento de que estes se fizessem porta-vozes.

Mas não só isto, entretanto. Ainda há mais.

43. O próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, aos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores.

É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o *conhecimento público* das disposições que estejam em caminho de ser implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou de quaisquer setores interessados, o que, sem dúvida, dificulta ou embarga eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público em geral, ensejando a irrupção de tempestivas alterações e emendas para obstar, corrigir ou minimizar tanto decisões precipitadas quanto propósitos de favorecimento ou, reversamente, tratamento discriminatório, gravoso a grupos ou segmentos sociais, econômicos ou políticos. Demais disto, proporciona, ante o necessário trâmite pelas Comissões e o reexame pela Casa Legislativa revisora, aperfeiçoar tecnicamente a normatização projetada, embargando a possibilidade de erros grosseiros, ilogismos ou inconveniências mais flagrantes. Finalmente, propicia um quadro normativo mais estável, a bem da segurança e certeza jurídicas, sem as quais é impossível um planejamento razoável da atividade econômica das pessoas e empresas e até dos projetos individuais de cada qual. E, até mesmo para garantir o desfrute de todas as vantagens mencionadas, o constituinte brasileiro teve o cuidado de regular minuciosamente o processo legislativo, obstando a que, por disposições infraconstitucionais, se pudesse estabelecer um rito menos prudente na elaboração das leis.

44. Já, os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e úteis para a simples delimitação mais minudente das providências necessárias ao cumprimento dos dispositivos legais, seriam gravemente danosos – o que é sobremodo claro em país com as características políticas do Brasil – se pudessem, por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer.

Deveras, opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz apenas em função da vontade, isto é, da diretriz estabelecida por uma pessoa, o Chefe do Poder Executivo, sendo composto por um ou poucos auxiliares diretos seus ou de seus imediatos. Não necessita passar, portanto, nem pelo embate de tendências políticas e ideológicas diferentes, nem mesmo pelo crivo técnico de uma pluralidade de pessoas instrumentadas por formação ou preparo profissional variado ou comprometido com orientações técnicas ou científicas discrepantes. Sobremais, irrompe da noite para o dia, e assim também pode ser alterado ou suprimido.

São visíveis, pois, a natural inadequação e os imensos riscos que adviriam para os objetivos essenciais do Estado de Direito – sobreposse, repita-se, em um país ainda pouco afeito a costumes políticos mais evoluídos – de um poder regulamentar que pudesse definir, por força própria, direitos ou obrigações de fazer ou não fazer imponíveis aos administrados.

XI. Resoluções, instruções e portarias

45. Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores.

Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento.

46. Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. A regra geral contida no art. 68 da Carta Magna, da qual é procedente inferir vedação a delegação ostensiva ou disfarçada de poderes legislativos ao Executivo, incide e com maior evidência quando a delegação se faz em prol de entidades ou órgãos administrativos sediados em posição jurídica inferior à do Presidente e que se vão manifestar, portanto, mediante atos de qualificação menor.

47. Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.

Capítulo VII

ATOS ADMINISTRATIVOS

I. Considerações introdutórias: a) Distinção entre fatos jurídicos e atos jurídicos; b) O problema da conceituação do ato administrativo; c) Os conceitos jurídicos; d) Historicidade dos conceitos jurídicos; e) Funcionalidade e não "verdade" dos conceitos; f) Critério básico para conceituação do ato administrativo. II. Atos da Administração e atos administrativos. III. Conceito de ato administrativo. IV. Perfeição, validade e eficácia. V. Requisitos do ato administrativo. VI. Elementos do ato. VII. Pressupostos do ato. VIII. O silêncio no Direito Administrativo. IX. Atributos dos atos administrativos. X. Classificação dos atos administrativos. XI. Vinculação e discricionariedade. XII. Atos administrativos "in specie". XIII. Procedimento (ou processo) administrativo. XIV. Panorama da extinção dos atos administrativos. XV. Revogação. XVI. Coisa julgada administrativa. XVII. Invalidade dos atos administrativos. XVIII. Regime jurídico dos atos inexistentes, dos nulos e anuláveis: comparação. XIX. Diferenças entre revogação e invalidação.

I. Considerações introdutórias

a) Distinção entre fatos jurídicos e atos jurídicos

1. O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos. Se não apresentasse sua própria especificidade dentro deste gênero não haveria razão alguma para que a doutrina se afadigasse em formular seu conceito, pois bastaria o conceito de ato jurídico.

O que particulariza o ato administrativo e justifica que se formule um conceito que o isole entre os demais atos jurídicos, é a circunstância de que ele tem peculiaridades (a) no que concerne às *condições de sua válida produção* e (b) no que atina à *eficácia que lhe é própria.*

Sendo ato jurídico, aloca-se dentro do gênero fato jurídico. Este se define como: qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.

Não é exata a distinção habitual que se propõe a separar ato jurídico dos demais fatos jurídicos baseando-se em que o primeiro seria um comportamento humano voluntário e preordenado a desencadear efeitos jurídicos, enquanto os restantes ou seriam eventos materiais, da natureza, ou comportamentos humanos alheios ao propósito de gerar os efeitos de direito correspondentes à ação efetuada.

Há fatos jurídicos *objetivos* que não são eventos da natureza, acontecimentos materiais. A prescrição, a decadência, são *relações* entre o decurso do tempo e a inércia do titular do direito. Ambos têm sido reconhecidos universal e pacificamente como fatos jurídicos, em sentido estrito. Entretanto, não são acontecimentos da natureza ou materiais. O próprio tempo não é nem uma coisa nem outra e também não é bastante para produzir os efeitos que *in casu* lhe são atribuídos, pois cumpre que esteja associado a uma inércia qualificada de dados sujeitos. O termo, inicial ou final, também não é fato material ou da natureza, inobstante se categorize como fato jurídico objetivo.

2. Além disso, há atos jurídicos – *administrativos* – que não são necessariamente comportamentos humanos voluntários. Podem surgir "casualmente", isto é, sem que seu produtor haja pretendido expedi-los e, portanto, sem propósito algum de gerar-lhes os correspondentes efeitos.

Tomemos como exemplo a seguinte hipótese. Suponha-se que um agente público encarregado de interferir, quando necessário, em uma central controladora dos semáforos da cidade (ou de certa parte dela), dirigida normalmente por computador, inadvertidamente aperte um botão concernente a um dado sinal luminoso de trânsito. Disto decorre que em certa esquina o sinal verde, isto é, a ordem "siga", acende três, quatro ou cinco segundos antes do que estava programado e, correspondentemente, ilumina-se o sinal vermelho, isto é, a ordem "pare", no outro ângulo do cruzamento. Por força disso haverá produzido, sem querer, as *ordens mencionadas, que são atos jurídicos administrativos*. E poderá, mesmo, jamais saber que o fez.

FAZ Fortaleza Ceará

É o que ocorreria se estivesse conversando com outro funcionário, de costas para o teclado, havendo nele tocado sem sequer se aperceber disto. Não houve qualquer manifestação volitiva e houve ato jurídico administrativo.

Figure-se, agora, a mesma central controladora de semáforos, comandada por um computador e que vá promovendo o cambiar de luzes em função de sinais de radar indicadores dos níveis de congestionamento de tráfego na região. Quem estará efetuando as sucessivas ordens de "siga" ou "pare", simbolizadas pela cor das luzes, é uma máquina; não um homem. Aliás, no futuro, certamente serão comuns atos praticados por máquinas. Hoje mesmo já existem outros casos além do indicado. Há "parquímetros" que expedem multas, uma vez excedido o prazo de estacionamento. Têm-se nestes casos, portanto, demonstrações de que pode haver atos administrativos que não são produzidos por homens. Não se pode, de outro lado, falar em uma vontade da máquina que os expede.[1]

3. Não seria contra-argumentação satisfatória alegar-se que por detrás de cada ato existe o homem que programou o computador, assim como sua vontade. Seria forçado imaginar-se que alguém produz atos – como no exemplo da central controladora de sinais – cujo conteúdo varia sem que aquele a quem se queira imputar a vontade de emiti-los (o programador) possa antecipadamente saber quantas vezes os produzirá, que conteúdo terão ao certo (pois ora será "siga", ora "pare") e em que momento serão emitidos. É que o programado será apenas a liberação da passagem de veículos onde houver maior afluxo, e retenção dela onde for menor, com variações temporais nestas alternâncias, dependendo das oscilações de velocidade e número de veículos nas circunvizinhanças.

Se, em tal hipótese, fosse cabível atribuir a vontade de produzir tais atos ao programador, dever-se-ia, por idêntica razão, considerar que nos demais atos administrativos, sobreposse nos vinculados, a vontade não é a do agente que expede as declarações jurídicas, mas do legislador, pois ele, tal como o programador, também "programa" os atos que deverão ser expedidos pelos servidores administrativos.

Agregue-se que, nos atos inteiramente vinculados, a vontade do agente que os produz é irrelevante, pois a decisão a ser tomada já está predefinida por completo na lei. Tanto isto é exato que a doutri-

1. Cf. Tomás Hutchinson, "La actividad administrativa, la máquina y el Derecho Administrativo", *RDP* 55-56/37-45, notadamente pp. 41-43.

na reconhece como válidos os atos totalmente vinculados produzidos por funcionário em estado de loucura sempre que a decisão tomada haja sido aquela mesma que a lei antecipadamente impunha como a única admissível.

Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato. Exemplo: aposentadoria, a pedido, de servidor que conte com 60 anos de idade e 35 de contribuição (Constituição, art. 40, § 1º, III, "a").

De toda sorte, basta o exemplo do ato vinculado praticado por acaso ou o expedido por servidor louco – *a quem o Direito não reconhece vontade* – para verificar-se que os critérios mencionados para separar atos jurídicos de outras espécies de fatos jurídicos não resistem a uma crítica acurada e menos ainda resistirão na medida em que comecem a proliferar atos produzidos por máquinas.

4. Isto posto, cabe indagar: como, a final, haver-se-á de proceder à distinção entre ato jurídico e outras espécies de fatos jurídicos?

Ao nosso ver a solução é a seguinte. Atos jurídicos são *declarações*, vale dizer, são enunciados; são "falas" prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima.

Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja ela oral, escrita, expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico.

5. O interesse da distinção entre ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só é possível depois destes aclaramentos. Este discrímen precisa ser feito porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser

anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) *discricionários*, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade;[2] nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.

b) O problema da conceituação do ato administrativo

6. O Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que a origem da expressão *ato administrativo* é a seguinte: "A expressão *ato administrativo* surgiu no direito após a Revolução Francesa. Antigamente conheciam-se, sem gênero, os atos do Rei, os atos do Fisco etc. O primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública, em geral, foi a Lei de 16.8.1790, a qual vedava aos Tribunais Judiciários conhecer de 'operações dos corpos administrativos'. Depois, a mesma interdição constou da Lei de 16 Frutidor, do Ano III, relativamente aos 'atos de administração de qualquer espécie'. Referindo-se a essa lei, o Diretório, de 2 Germinal, do Ano V, declarava que por 'atos de administração' se deviam entender os executados por ordem do governo, por seus agentes imediatos, sob sua fiscalização, e com fundos fornecidos pelo Tesouro.

"A primeira explicação científica de *ato administrativo* encontra-se no *Repertório Guizot-Merlin*, na sua 4ª edição, de 1812, onde se define como 'ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função'."[3]

Entre nós, como em geral ocorre nos vários países, não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo.

Com efeito, tratando-se de uma noção teórica pela qual se busca abarcar sob uma denominação comum um certo número de atos que

2. Atos discricionários (assim impropriamente chamados, porque discricionários, na verdade, são aspectos da competência em seu exercício) são aqueles cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopese as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação *subjetiva* sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal. V. ao respeito ns. 82-94.

3. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª ed., 2ª tir., Malheiros Editores, 2010, p. 474.

possuem afinidades recíprocas, compreende-se o surgimento de discrepâncias entre os estudiosos. De fato, nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome "ato administrativo".

Enquanto certos autores reputam suficiente uma dada quantidade de traços de similitude, outros requererão outra quantidade – maior ou menor – de aspectos comuns para, à vista deles, considerarem presente a figura tipológica que se propõem a batizar com o rótulo de "ato administrativo". Além disso, podem divergir – e divergem – não apenas com relação à quantidade de elementos adotados como radical desta categoria de atos, mas também com relação ao critério seletivo; ou seja, divergem inclusive quanto à própria natureza dos traços a serem eleitos como fatores relevantes para determinação da similitude dos atos abarcáveis sob a denominação em apreço.

Como as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas, nenhum jurista pode reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja "a verdadeira", excludente de quaisquer outras, pois isto equivaleria a irrogar-se a qualidade de legislador, ou seja, a inculcar-se o poder (autoatribuído) de delimitar o âmbito de abrangência de uma expressão que a lei não circunscreveu de modo unívoco.

Sendo assim, o que importa realmente para quem se propõe a discorrer sobre ato administrativo é esclarecer preliminarmente de que objeto está tratando, deixando explícito qual o campo da realidade que vai ser cogitado, no que esclarecerá o interlocutor a respeito daquilo sobre que versará o discurso científico.[4]

Para bem compreender esta relativa liberdade de conceituação ocorrente no caso, impende fazer certos esclarecimentos.

c) Os conceitos jurídicos

7. Os conceitos jurídicos, em geral, e entre eles o de "ato administrativo", não são mais que termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito. Não passam, então, de sistematizações, de classificações. Como o Direito resume-se a "imputar certas consequências a determinados antecedentes", o trabalho do

4. V. a respeito de critério conceitual a insuperável exposição de Agustín Gordillo, *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 19-27.

jurista consiste em conhecer a *disciplina aplicável às diversas situações*. Ora, o procedimento lógico requerido para organizar tal conhecimento e torná-lo produtivo, eficiente, supõe a identificação das situações aparentadas entre si quanto ao regime a que se submetem.

Cada bloco ou grupo de situações *parificadas pela unidade de tratamento legal* recebe – para fins de organização do pensamento – um nome, que é a rotulação de um conceito; vale dizer: o simples enunciado da palavra evoca no espírito uma noção complexa, formada pelos diversos elementos agregados em uma unidade, que deram margem ao conceito jurídico. Este, portanto, nada mais é que a *sistematização*, a organização, a classificação, pois, mediante a qual foram agrupados mentalmente, em um todo unitário, determinados acontecimentos qualificados pelo Direito.

Em suma: cada conceito é um conjunto. O critério de inclusão ou de exclusão de alguma realidade para formar o conjunto (o conceito) muitas vezes é, de antemão, construído pelo direito positivo, ao passo que, outras vezes, não há esta prévia aglutinação de componentes. Quando é outorgado pelo próprio direito positivo o estudioso já encontra *pronta*, organizada previamente, uma relação de situações que o direito unificou ao eleger, por antecipação, os fatores que ditam a intrusão de tais ou quais realidades jurídicas, de tais ou quais "fatos", dentro do conjunto (conceito).

Assim sucede, por exemplo, quando conceitua "compra e venda", "hipoteca", "doação" etc. Sabemos que algo se subsome a estas noções, a estas categorias (é dizer: a estes conceitos) quando reproduz os traços que a lei elegeu como necessários e bastantes para que se tenha presente a figura em apreço. *Via de consequência, sabemos também* (consultando as normas pertinentes) *quais as regras que se aplicam ao ocorrerem ditas figuras, pois, a final, é isto o que realmente interessa e que justifica a elaboração dos conceitos jurídicos.*

8. Diversamente, quando a lei não aglutina previamente certas realidades debaixo de uma nomenclatura, é o estudioso do Direito quem trata de promover estas aglutinações. Para tanto toma (ou pelo menos deve tomar) como referenciais uma coleção de traços arrecadados no direito positivo e, com base neles, constrói o conceito jurídico que lhe interessa. Este funciona como *continente* de um plexo de situações e realidades em que comparecem os traços que – consciente ou inconscientemente – adotou como radicais dos "fatos" erigidos em *conteúdo* do conceito que formula.

Sendo este o processo lógico de formação dos conceitos *que não foram antecipadamente elaborados pela lei como produto pronto e acabado*, pode-se entender porque há *certa* liberdade na composição deles e porque são variáveis conforme o doutrinador que os propõe, sem que disto redunde, necessariamente, o caráter errôneo de um dos conceitos postos em conflito.

As divergências podem ocorrer com respeito às propriedades imputadas ao objeto, isto é, aos traços de similitude adotados, como podem suceder em relação à quantidade de elementos escolhidos para tal fim. Em síntese: os traços colecionados por quem formula um conceito não são sempre os mesmos respigados por outros estudiosos, surgindo daí, inevitavelmente, conceitos diversos, objetos de pensamento de diferentes extensões, ou, por qualquer modo, descoincidentes.

Percebe-se, pois, que um conceito é a operação lógica pela qual se fixam *pontos de referência convencionais*, que servem como indicadores de realidades parificadas pelos pontos de afinidade previamente selecionados por quem o formulou. Em suma: o conceito é uma delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo breve adotado para nomeá-los (uma palavra). Ora, nada constrange logicamente um estudioso a proceder tal delimitação de maneira coincidente com a realizada por outro jurista.

9. A *utilidade* destas "sínteses", denominadas *conceitos jurídicos*, reside em que estratificam um ponto de referibilidade de *normas*, de *efeitos de direito*. Se a lei não demarca previamente o plexo de normas assim isoladas debaixo de um termo unitário, os doutrinadores o fazem; mas é evidente que, em tal caso, ao secionarem, dentro da totalidade das situações normatizadas pelo *direito positivo*, por um dado conjunto, procedem segundo critérios próprios, por isso mesmo variáveis de autor para autor. Quer-se dizer: as combinações que podem adotar nesta operação de associar efeitos de direito são muito variadas, resultando daí diferentes noções. Eis por que os estudiosos não são concordes ao conceituar ato administrativo, direito administrativo, revogação, concessão, serviço público etc. Sem embargo, os dissídios doutrinários ocorrentes travar-se-ão dentro de uma área limitada porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo aonde vão se ferir as controvérsias.

d) Historicidade dos conceitos jurídicos

10. Desde logo, ao procurarem formular um conceito, os doutrinadores estão cingidos aos dados do próprio direito positivo, portanto, aos efeitos de direito previstos nas regras contidas no interior do sistema jurídico que procuram conhecer. Além do mais, mesmo quando propugnam por noções discrepantes, o dissídio se processa exatamente porque – como se disse – organizam diferentemente, selecionam de modo vário, os elementos que coletaram, os quais, todavia, são recolhidos *a partir de alguma indicação*. Esta, embora um tanto genérica ou imprecisa, de todo modo já circunscreve uma parcela do sistema jurídico positivo, reduzindo, assim, a arena aonde vão se ferir os debates e proliferar as discórdias.

Então, por exemplo, quando são contrapostos diferentes conceitos de *revogação*, todos eles, por muito que se distanciem, estarão reportados a um ato de retirada, isto é, declaração jurídica – e não mero fato – que incide com força ablatória sobre outro ato e não sobre um fato – (ou sobre seus efeitos). Além disso, convergirão, também, em que dita intervenção não se destina a deter apenas provisoriamente (como a suspensão) as consequências do ato precedente, mas se preordena a cancelar em definitivo o fluxo de efeitos visados. Nota-se, pois, que há, sempre, algum ponto de concórdia. Todos têm por referência demarcadora da esfera sobre a qual vão incidir os pontos de vista dissonantes, atos ablatórios que fazem cessar definitivamente os efeitos de outros atos.[5] Para alguns só será revogação se praticada pela mesma autoridade que emanou o ato revogado. Para outros este requisito não entra em pauta. Determinados autores exigirão, como elementos característico do conceito, que incida sobre ato válido, requisito a que nem todos dão relevo. Certos teóricos entendem de qualificar a noção como gênero, includente tanto de extinção em razão de mérito quanto de legitimidade. A maioria – conforme doutrina corrente e moente no Brasil – considera haver revogação quando o ato de retirada se estriba em motivos de conveniência e oportunidade.

Há, pois, múltiplos conceitos, porém, *todos em algum ponto, percorrem a mesma linha*. Alguma relação sempre existe entre eles,

5. Ao respeito Julio Pratt observa: "Todos están de acuerdo en que la revocación es una forma de extinguir el acto administrativo. Pero las diferencias provienen en cuanto al órgano que extingue, a la causal que se invoca para la extinción y la naturaleza de la actividad desarrollada para lograr la extinción" (*Derecho Administrativo*, Acali Editorial, Montevideo, 1977, t. III, vol. II, p. 187).

exatamente porque se estampam dentro de um campo circunscrito pela mesma moldura.

Como se nota, há sempre uma área de coincidência. Nem poderia ser de outro modo. Sendo as palavras rótulos convencionais, o uso que delas se faz é *a partir do ponto convencionado em algum instante histórico*. Ao depois, vai se afastando dele por razões múltiplas. As mutações do direito positivo, as diferenças entre os dos vários países, a crítica doutrinária feita no afã de aperfeiçoar estas sistematizações que são os conceitos, as divergências entre os autores, vão determinando a gradativa perda de univocidade de um conceito originalmente estável ou relativamente estável em sua significação.

e) Funcionalidade e não "verdade" dos conceitos

11. Vale notar que a pacificação doutrinária ou jurisprudencial – quando ocorra – em torno de um conceito, não significa, de modo algum, que este sucesso se deva ao fato de ter sido encontrado o conceito "verdadeiro", o "certo". Em verdade, dado o caráter *convencional* do conceito, terá havido simplesmente a imposição ou a difusão maior dele, em face do prestígio de quem o propôs ou, afinal, por qualquer outra razão que haja contribuído para a adoção daquele "padrão", daquele "modelo" representativo de um conjunto de elementos arrecadados nas indicações do direito positivo.

De todo o exposto, percebe-se que é completamente vã a procura de um conceito *verdadeiro*, excludente de quaisquer outros, por falsos, com *validade universal* para *ato administrativo*. É erro especialmente vitando supor que o *produto* de uma associação de realidades agrupadas em função *de um dado direito positivo*, possa ou, sobretudo, *deva* ser reconhecida como a *verdadeira*, a *correta*, em outros direitos positivos. Se tal atributo, frequentemente, consoante se expôs, não pode ser irrogado nem mesmo no interior de um mesmo sistema jurídico-positivo, dado o caráter convencional dos conceitos não formulados pelo sistema normativo, muito menos poderiam ambicionar esta qualificação com pretensões à universalidade.

Portanto, reunião de pontos de afinidade colecionados a partir de um sistema jurídico-positivo pode até mesmo impor-se como paradigma de um dado conceito, influenciando, então, outras legislações ou sendo reproduzida pelos doutrinadores estranhos ao país onde se originou. Tal fato, porém, não lhe confere a prerroga-

tiva de ser "o conceito universalmente verdadeiro", ainda que lhe outorgue um carisma de prestígio nos vários países cujos estudiosos prestem reverência a noções advindas de centros cientificamente bem-reputados.

Este caráter estipulativo da linguagem e a função sistematizadora dos conceitos, com as consequências daí resultantes, particularmente para o Direito estão luminosamente expostos nos trabalhos notáveis de Genaro Carrió[6] e Agustín Gordillo,[7] nos quais basicamente nos subsidiamos.

12. Resulta, pois, que a formulação do conceito de ato administrativo – como o de qualquer outro não expendido pelo direito positivo – há de nortear-se por um critério de utilidade, isto é, de "funcionalidade" ou, como habitualmente temos dito, de "operatividade". Vale dizer: não há um conceito *verdadeiro* ou *falso*. Portanto, deve-se procurar adotar um que seja o mais possível útil para os fins a que se propõe o estudioso.[8]

A mesma coisa sucede no que atina ao conceito de ato administrativo. Uns, nele incluem os regulamentos. Outros consideram indesejável a inclusão, sob color de que, tendo caráter geral e abstrato, apresentam características e efeitos discrepantes dos demais.[9]

6. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª reimpr., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.

7. *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 17-27.

8. Agustín Gordillo resume admiravelmente esta problemática com as seguintes considerações, que merecem cita literal: "La definición de la palabra 'acto administrativo' requiere primero la clasificación de las distintas actividades de tipo administrativo, dentro de las cuales ubicaremos a una especie que definiremos de alguna manera: a su vez, la misma especie 'acto administrativo', ya definida, puede dar lugar a nuevas y más minuciosas clasificaciones, que constituirán ahora subespecies de actos administrativos. Esto permite ya adelantar que en la escala descendente de clasificaciones, del total de la actividad administrativa hasta el más ínfimo y reducido acto concreto que se analice, pude colocarse en cualquier grado o escala a la 'definición' de 'acto administrativo': esta palabra no cumple otra función que la de ordenar y sistematizar los conocimientos que se quieren transmitir sobre el total de la actividad administrativa, desde sus principios mas generales hasta las nociones mas detalladas; cualquiera sea la amplitud o la restricción que le otorguemos a la definición de todos modos ella será válida: será más o menos útil, cómoda o incómoda, según el caso, pero no 'verdadera' o 'falsa'" (*El Acto* ..., cit., pp. 26-27).

9. Assim Zanobini, para quem o regulamento é materialmente lei (*Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, vol. I, 1936, pp. 67 e ss. e p. 278). Em contrário Cino Vitta, o qual, todavia, distingue ato administrativo em sentido amplo, dentro no qual se inclui o regulamento, e em sentido estrito que o exclui (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Editrice Torinese, 1937, vol. I, pp. 272-273).

Certos, autores, sob o título ato administrativo, admitem tanto os atos internos, cujos efeitos só se processam no interior do Estado, quanto aos externos, cujos efeitos extravasam a pessoa do Estado.[10]

Com esta posição nem todos são concordantes. De todo modo, afora estas, dentre muitas outras discórdias conceituais, todos se pacificam em reservar esta expressão a atos correspondentes ao exercício de funções típicas do Executivo; a dizer, expressivas das manifestações estatais que, normalmente, são peculiares a este conjunto orgânico.

José Roberto Dromi, opinando pela rejeição do regulamento na categoria ato administrativo, fundamenta-se em que: "La importancia de la distinción no es un mero ejercicio dialéctico; su trascendencia practica es indudable ya que los regímenes jurídicos de la norma (reglamento) y del acto son distintos, en cuanto a la protección jurisdiccional, posibilidad de revocación, jerarquía dentro del orden normativo, publicidad o notificación, efectos de los recursos y alcance de la vigencia, entre otros aspectos. No obstante ello, debe reconocerse que existen algunos principios comunes al reglamento y al acto administrativo, particularmente, en materia de nulidades y vicios" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 192).

Agustín Gordillo enuncia nove pontos distintivos entre o regime jurídico do regulamento e dos atos concretos; a saber: 1) a proteção jurisdicional dá-se diretamente contra o ato individual e só indiretamente contra os regulamentos, sem ter efeito extintivos sobre este; 2) o ato particular é irrevogável, embora dentro de certos limites, e o regulamento é revogável, respeitadas as situações individuais nascidas sob seu amparo; 3) o regulamento contém regras gerais e o ato administrativo uma regra concreta, donde a subordinação do segundo ao primeiro; 4) a forma de publicidade é distinta: publicação para o regulamento, notificação para o ato concreto; 5) o regulamento não pode ser retroativo, o ato concreto pode em certos casos; 6) a faculdade de ditar regulamentos – segundo o autor, é restrita – a de emissão de atos concretos é competência comum do Executivo; 7) a interposição de recurso contra ato concreto tem efeito suspensivo, segundo uma parte da doutrina, ao passo que este efeito inexiste no caso dos regulamentos; 8) o regulamento tem vigência formal permanente – até que seja modificado – e constante produção de efeitos jurídicos, o ato concreto se esgota no próprio caso concreto; 9) o regulamento é, em consequência mesmo da característica anterior, fonte do direito administrativo ao contrário do ato concreto (*El Acto Administrativo*, 2ª ed., corrigida e aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 101 e ss.).

10. Zanobini, *Corso* ..., cit., pp. 278-279. Forti repudia a distinção, entendendo que tudo se reduz a atos que produzem efeitos jurídicos e atos que não os produzem. Acresce, ademais, que o grande número de atos chamados internos, ao contrário do afirmado com frequência, não se exaure na intimidade de uma só pessoa mas repercute sobre terceiro, seja o funcionário seja o administrado (*Diritto Amministrativo*, 3ª ed., vol. II, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1937, pp. 81-83). Cassagne (*El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1974, p. 100) exclui do conceito de atos administrativos os atos que são produto de relações interorgânicas e os emanados da atividade interadministrativa.

f) Critério básico para conceituação do ato administrativo

13. Como a *noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ato estatal, marcado por características contrapostas às dos atos civis (privados) e às dos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário (lei e sentença, respectivamente)*, parece ser um processo adequado para construção de seu conceito reunir os elementos que os fazem distintos de uns e de outros.

Por sem dúvida, a partir deste balizamento será possível circunscrever de modo ainda mais estrito o âmbito de abrangência que se reconhecerá à voz *ato administrativo*. Para tanto bastará acrescentar aos caracteres de contraposição encontrados, outros traços de especificação, procedendo a discriminações no interior deste bloco de atos, a fim de conferir maior funcionalidade ao conceito. Isto é, poder-se-á reservar o nome *ato administrativo* (em sentido estrito) a uma fração deles, tendo em conta novas características postas em pauta e buscadas no interior deste conjunto de atos.

II. Atos da Administração e atos administrativos

14. Antes de indicar a acepção em que será tomada a expressão "ato administrativo", convém, inicialmente, ressaltar que não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos, como alerta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[11] porque:

A) A Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, tais:

a) *Atos regidos pelo Direito Privado*, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanação, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.

Uma vez que seu conteúdo não é regido pelo Direito Administrativo e que não é acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos, reputamos mais adequado excluí-los de tal categoria. Trata-se de pura opção sistemática, tão plausível quanto a dos que os incluem entre os atos administrativos.[12]

11. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., vol. I, p. 475.

12. Alguns autores, como Agustín Gordillo por exemplo, sustentam que tais atos devem ser considerados atos administrativos, exatamente porque é o Direito Administrativo, como, aliás, deixamos registrado, que lhes governa as condições de válida produção, de sorte que o controle deles se faz à moda do que corresponde aos atos

b) *Atos materiais*, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc.

Por não serem sequer atos jurídicos, também não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Estes comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se "fatos administrativos".

c) *Atos políticos ou de governo*, praticados com *margem de discrição e diretamente em obediência à Constituição*, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, *sub color* de que é contrária ao interesse público, etc.

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante *também sejam controláveis pelo Poder Judiciário* são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria (sobre atos discricionários v. ns. 86-98).

Pelo quanto se disse, entretanto – já se vê –, atribuímos à noção de ato político ou de governo relevância totalmente diversa da que lhe é conferida pela doutrina europeia. Esta os concebe para efeitos de qualificá-los como atos insuscetíveis de controle jurisdicional, entendimento que repelimos de modo absoluto e que não se coadunaria com o Texto Constitucional brasileiro, notadamente com o art. 5º, XXXV.

B) De outro lado, há atos que *não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos*, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica

administrativos, inclusive com a arguição dos mesmos vícios (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Macchi, 1979, pp. II-30 e II-39). Pretende, ainda, que a admissibilidade de atos de Direito Privado por parte da Administração só seria concebível para quem admitisse a dupla personalidade do Estado, doutrina, de resto, totalmente superada. Esta última crítica não procede; notoriamente, pessoas físicas e pessoas jurídicas de Direito Privado – e o próprio autor o refere – também praticam atos de Direito Público. Nem por isto haver-se-á de entender que têm dupla personalidade. O certo é que os atos em questão submetem-se a um regime misto, o que, aliás, também é admitido pelo ilustre administrativista. Em sentido contrário, isto é, pela exclusão destes atos da categoria dos atos administrativos, cite-se, entre os administrativistas argentinos, Juan Carlos Cassagne, que examina a matéria com muita propriedade (*Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 97 e 105).

FA... Fortaleza - Ceará

aplicável aos demais atos da Administração, habitualmente reputados como atos administrativos. Por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas.

15. Em face do exposto, verifica-se que a noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.

III. Conceito de ato administrativo

16. Já agora, após estes preliminares, é possível conceituar ato administrativo como: *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*

Cumpre esclarecer, entretanto, que pode haver alguma hipótese excepcional na qual a Constituição regule de maneira inteiramente *vinculada* um dado comportamento administrativo *obrigatório*. Em casos desta ordem poderá, então, haver ato administrativo imediatamente infraconstitucional, pois a ausência de lei, da qual o ato seria providência jurídica de caráter complementar, não lhe obstará à expedição.

Ressaltam-se as seguintes características contidas no conceito:

a) trata-se de declaração jurídica, ou seja, de manifestação que produz efeitos de direito, como sejam: certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações;

b) provém do Estado, ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais;

c) é exercida no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob regência do Direito Público. Nisto se aparta dos atos de Direito Privado;

d) consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente

vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Com isto diferencia-se o ato administrativo da lei. É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionalíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso atípico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada;

e) sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional. Vale dizer, não possui definitividade perante o Direito, uma vez que pode ser infirmada por força de decisão emitida pelo Poder estatal que disponha de competência jurisdicional: entre nós, o Poder Judiciário. Com isto diferencia-se o ato administrativo da sentença.

17. O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em *sentido amplo*. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os *regulamentos*, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados *contratos administrativos*.

Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em *sentido estrito*. Assim, restringe-se a noção a uma categoria menor de atos, associados por uma quantidade maior de traços de afinidade, excluindo-se dela tanto os atos abstratos (como os regulamentos, instruções etc.) quanto os atos convencionais (como os "contratos administrativos").

18. Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados, acrescendo as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

IV. Perfeição, validade e eficácia

19. O ato administrativo é *perfeito* quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo de formação está concluído.

20. O ato administrativo é *válido* quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas.

Abre-se aqui um parêntese expositivo pela conveniência de refutar a tese kelseniana de que *existência e validade são uma só e mesma coisa*. Diz ele: "Com a palavra 'validade' (*Geltung*) designamos o modo de existência específico das normas" (*Théorie Pure du Droit*, trad. francesa da 2ª ed. da *Reine Rechtslehre*, por Charles Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 13). E em outra de suas obras lê-se: "Esta validade de uma norma é a sua específica existência ideal. O fato de que uma norma 'seja válida' significa que existe. Uma norma que não 'seja válida' não é uma norma, por não ser uma norma que existe" (*Teoria Generale delle Norme*, trad. italiana da edição póstuma do *Allgemeine Theorie der Normen*, por Mirella Torre sob os cuidados de Mario Losano, Giulio Einaudi Ed., Torino, 1985, p. 54).

Data maxima venia, trata-se, ao nosso ver, de um equívoco deste mestre notável que de hábito reverenciamos. Para que se possa predicar validade ou invalidade de uma norma – relembre-se que, para Kelsen, um ato administrativo será uma *norma* individual – cumpre, antes, que ela exista. Este não é apenas um pressuposto lógico, mas especificamente jurídico. Por isto, de outra feita escrevemos: "O ato de invalidar (o ato de declarar diretamente ou de reconhecer, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma lei) pressupõe, de logo, que se esteja perante uma norma integrante do sistema e pressupõe, outrossim, não apenas logicamente, mas também juridicamente, que o ato dessarte atacado seja *inválido*". E é nisto que se distinguirão os fundamentos jurídicos de uma invalidação e de uma revogação. E, logo ao diante, grafamos: "Ao nosso ver, a demonstração mais cabal e irretorquível de que existência, pertinência de uma norma a dado sistema, e validade são noções absolutamente inconfundíveis *tem-se no fato de que, no exame da inconstitucionalidade "incidenter tantum", o juiz não aplica uma norma jurídica por considerá-la inconstitucional, ou seja "carente de validade", "inválida", mas nem por isto a expulsa do sistema (falece-lhe atribuição para fazê-lo)*, o que só ocorre na ação direta de inconstitucionalidade. A norma em questão *continuará a existir* dentro do sistema, mas sua validade terá sido questionada como algo autônomo em relação à existência e proclamada como suficiente para

impedir sua aplicação ao caso concreto. Vale dizer: o juiz assume que a invalidade de uma norma é coisa diversa de sua existência ou pertinência ao sistema. Para, 'incidenter tantum' desaplicar uma regra que houve por inconstitucional, o pronunciamento judicial *restringe-se ao tema da validade da lei perante a Constituição*. É o quanto bastaria para ter-se que rejeitar a tese kelseniana de que 'validade é a forma específica de existência de uma norma jurídica'. Não é. Deveras, como visto, *nega-se validade a ela, por ser este o único fundamento para desaplicá-la no caso concreto*, mas não se nega, nem se interfere com sua existência" ("Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente", in *RTDP* 23/16).

Cumpre, de passagem, anotar que ao se dizer, como frequentemente ocorre, que a invalidação é *constitutiva* não se está necessariamente dizendo que a invalidade passou a existir a partir do momento da invalidação. Esta seria a posição de Kelsen, que acabamos de contraditar. É preciso distinguir duas coisas: a circunstância de algo ser inválido e a circunstância de um órgão habilitado pelo Direito, ao reconhecer que algo é inválido, produzir o efeito de atribuir consequências jurídicas correspondentes ao sobredito reconhecimento. Ao dizer-se que ela é constitutiva pode-se estar pretendendo afirmar simplesmente – como o fazemos nós – que, somente ao efetuar-se a invalidação, passam a surtir as consequências que correspondem à invalidade, as quais, antes disto, não ocorriam. Pois, embora a invalidade desde sempre haja sido um fato existente de direito, é, todavia apenas *potencialmente* relevante, pois falta-lhe, até a pronúncia da invalidade, um qualificativo que o Direito reclama para que emerja: a *atualidade* jurídica de sua invalidade. A invalidação é, então, um ato *constitutivo formal*, no sentido em que a expressão é usada por O. A. Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., Malheiros Editores, 2010, n 45.2, pp. 435, 437, *in fine*, letra *d*, e 438), e não constitutivo material, pois não agrega substancialmente nada que o objeto qualificado já não possuísse em si mesmo. Agrega-lhe, sem embargo, algo vital para a qualificação jurídica dele.

21. O ato administrativo é *eficaz* quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.

Eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos *típicos*, próprios, do ato.

22. Distinguem-se os efeitos *típicos*, ou próprios, dos efeitos *atípicos*. Os primeiros são efeitos correspondentes à tipologia específica do ato, à sua função jurídica. Assim, é próprio do ato de nomeação habilitar alguém a assumir um cargo; é próprio ou típico do ato de demissão desligar funcionário do serviço público. Os efeitos atípicos, decorrentes, embora, da produção do ato, não resultam de seu conteúdo específico.

Os efeitos atípicos podem ser de dupla ordem: efeitos *preliminares* ou *prodrômicos* e efeitos *reflexos*. Os preliminares existem enquanto perdura a situação de pendência do ato, isto é, durante o período que intercorre desde a produção do ato até o desencadeamento de seus efeitos típicos. Serve de exemplo, no caso dos atos sujeitos a controle por parte de outro órgão, o dever-poder que assiste a este último de emitir o ato controlador que funciona como condição de eficácia do ato controlado. Portanto, foi efeito atípico *preliminar* do ato controlado acarretar para o órgão controlador o dever-poder de emitir o ato de controle.

Efeitos *reflexos* são aqueles que refluem sobre outra relação jurídica, ou seja, que *atingem terceiros* não objetivados pelo ato. Quer-se dizer: ao incidir sobre uma dada situação, o ato atinge outra relação jurídica que não era seu objeto próprio. Os efeitos reflexos, portanto, são aqueles que alcançam terceiros, pessoas que não fazem parte da relação jurídica travada entre a Administração e o sujeito passivo do ato. É o caso do locatário de imóvel desapropriado. Neste bom exemplo de Flávio Bauer Novelli,[13] nota-se que, perdido o imóvel pelo proprietário desapropriado (sujeito passivo do ato expropriatório), o locatário vê rescindida a relação jurídica de locação que entretinha com o ex-proprietário (efeito reconhecido no art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.245, de 18.10.1991). É lógico que o efeito típico da desapropriação foi destituir a propriedade de seu *dominus*, e não rescindir a locação. Este é *mero efeito reflexo* da desapropriação.

23. Nota-se, por conseguinte, que um ato pode ser:

a) perfeito, válido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustado às exigências legais e está disponível para deflagração dos efeitos que lhe são típicos;

b) perfeito, *inválido* e eficaz – quando, concluído seu ciclo de formação e *apesar de não se achar conformado às exigências normativas*, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes;

13. "Eficácia do ato administrativo", *RDA* 60/21-25 e 61/29 e 30.

c) perfeito, válido e *ineficaz* – quando, concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora;

d) perfeito, *inválido* e *ineficaz* – quando, esgotado seu ciclo de formação, sobre encontrar-se em desconformidade com a ordem jurídica, seus efeitos ainda não podem fluir, por se encontrarem na dependência de algum acontecimento previsto como necessário para a produção dos efeitos (condição suspensiva ou termo inicial, ou aprovação ou homologação dependentes de outro órgão).

V. Requisitos do ato administrativo

24. Usa-se a expressão "elementos do ato administrativo" para indicar os requisitos do ato.[14] Costuma-se dizer que o ato administrativo pode ser decomposto em elementos, como abstração visando a facilitar-lhe o estudo.[15] Este procedimento de decomposição corresponderia à *anatomia* do ato, tendo em vista exame de sua eventual *patologia*, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar.[16]

Não há concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de elementos;[17] porém, frequentemente, a divergência

14. Terminologia diversa é adotada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – que, aliás, desdobra a análise destas figuras, nominando-as "causas" do ato administrativo. Vale-se desta expressão no sentido aristotélico-tomista de "causas do ser" (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 503 e ss.).

15. Diversamente, o ilustre administrativista Afonso Rodrigues Queiró afirma que a decomposição em elementos serve apenas para complicar o exame do ato. São suas estas palavras: "O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados factos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes factos, a competência e os fins ou atribuições da Administração são essencialmente uma e a mesma coisa. São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas de Direito Administrativo" (*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1940, p. 19).

16. Umberto Fragola, *Gli Atti Amministrativi*, 2ª ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, p. 12.

17. Não há concordância sequer quanto à expressão a ser utilizada. No Brasil fala-se quase que unanimemente em "elementos". Na doutrina europeia e latino-americana tanto se encontra a taxinomia "elementos" como "requisitos". Há quem

(ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados. Apesar das desavenças aludidas, poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.[18] Não é incomum encontrar-se, também, menção à "vontade".[19] Vejamos, numa palavra, em que consistiria cada qual. Ao depois, estudaremos a matéria com a detença requerida.

25. *Sujeito* é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo; *forma* é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; objeto é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. A expressão, com este sentido, é infeliz. Seria melhor denominá-la *conteúdo*. *Motivo* é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; *finalidade* é o bem

distinga "elementos" de "requisitos". É o caso de Pietro Virga (*Il Provvedimento Amministrativo*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1968, pp. 164 e ss. e 199 e ss.).

18. José Roberto Dromi registra a variedade classificatória, conceitual e terminológica existente entre os administrativistas, averbando: "(...) los tratadistas no están de acuerdo acerca de cuáles son dichos elementos, ni tampoco sobre su contenido o significado. Del mismo modo, no siempre un mismo elemento es denominado de igual manera: es lo que ocurre, por ejemplo, con la causa, que algunos denominan motivo; o con el objeto, que para un sector de la doctrina equivale a contenido; o con el sujeto, también denominado competencia" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Editoral Astrea, 1973, p. 197).

Acrescentamos que alguns chamam de motivo ao que outros chamarão de móvel (intenção), isto é, finalidade do agente. Algumas vezes, os autores explicitam – como é de desejar – o porquê da opção terminológica, nos casos em que a rotulação pode induzir a equívocos sobre a extensão do objeto lógico rotulado. Assim, Juan Carlos Cassagne, observando, com muita razão, que a problemática suscitada pelo autor do ato é mais ampla que a simples discussão de competência, opta por falar em "elemento subjetivo" (*El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 187).

De outra parte, Guido Zanobini alerta para o fato de que não só a palavra "conteúdo" tem mais adequado poder evocativo que "objeto", para nomear o que se quer referir com ela, como também adverte que "objeto", em sentido próprio corrente, tem acepção diversa. Registra que conteúdo é aquilo *que* se decide e objeto é aquilo *sobre que* se decide (*Corso di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., vol. I, Pádua, CEDAM, 1944, p. 293). André Gonçalves Pereira, adotando taxinomia diversa, faz a mesma distinção, ao separar o "objeto imediato" do "objeto mediato" (*Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, p. 100).

19. Numerosos autores acrescentam o elemento "vontade", que, para outros, fica absorvido no sujeito ou competência, ao passo que o citado André Gonçalves Pereira, como, de resto, muitos doutrinadores, nega tratar-se de elemento essencial. Aliás, dito autor contesta, ainda, que a finalidade seja elemento autônomo (ob. e loc. cits.).

jurídico a que o ato deve atender. *Vontade* é a disposição anímica de produzir o ato, ou, além disto, de atribuir-lhe um dado conteúdo.

É fácil perceber-se que, dentre estes chamados "elementos", *nem todos realmente o são*. Donde a impropriedade do uso da palavra para designar o conjunto batizado sob tal rótulo. Com efeito, o termo "elementos" sugere a ideia de "parte componente de um todo". Ocorre que alguns deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como "partes" do ato, pois lhe são *exteriores*, conforme se verá adiante, ao tratarmos destes distintos tópicos.

26. Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros. Daí separarmos os elementos do ato e os *pressupostos* do ato.[20] Estes últimos, de seu turno, distinguem-se em *pressupostos de existência*, ou seja, condicionantes de sua existência, e *pressupostos de validade*, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica.[21]

São pressupostos de existência o *objeto* e a *pertinência* do ato ao exercício da função administrativa.[22] Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto *subjetivo* (sujeito); 2) pressupostos *objetivos*

20. Cajarville Peluffo, tal como o fazemos, separa elementos e pressupostos do ato. Assim, sem prejuízo de diferenças no interior de tal sistematização, são reconhecíveis pontos de contato entre os modelos que ambos adotamos. O autor referido assim esclarece sua posição: "Los *presupuestos* del acto son circunstancias extrínsecas al acto en si mismo, que deben existir en el momento en que el acto se perfecciona. Los *presupuestos* del acto condicionan su validez". E, pouco adiante: "*Elementos* del acto administrativo son sus componentes, aquello de lo cual el acto está formado, lo que lo integra o constituye; son por tanto intrínsecos al acto" ("Invalidez de los actos administrativos", in *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevidéu, Editorial Universidad, p. 79).

21. Sem embargo, convém observar que não apresenta subido relevo a discussão sobre nomes (elementos, causas, requisitos e pressupostos). O que efetivamente importa é adotar um modelo de análise que leve em conta o conjunto de "objetos de pensamento" úteis para ressaltar os diferentes aspectos a serem examinados quando se quer avaliar as condições de produção e validade do ato administrativo. Com efeito, a teoria dos "elementos" (ou requisitos, causas etc.) tem por *função* proporcionar a delimitação daquilo que é necessário ter em mente para exame da produção e validade do ato administrativo. Logo, a melhor sistematização do tema será aquela que de maneira coerente proponha um esquema mental capaz de realçar o maior número de pontos importantes para o exame da produção e validade do ato administrativo.

22. Ao estabelecermos este discrímen entre os pressupostos, incluindo os pressupostos de existência, alteramos a sistematização que adotávamos até a 7ª edição deste *Curso*.

(motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto *teleológico* (finalidade); 4) pressuposto *lógico* (causa); e 5) pressupostos *formalísticos* (formalização). Quanto à *vontade*, não a incluímos nem entre os elementos – pois, quando existente ou quando valorada pelo Direito, precede o ato, sendo, pois, impossível considerá-la como parte componente dele[23] –, nem entre os pressupostos, por se tratar de uma realidade psicológica, e não jurídica. Sem embargo, ter-se-á de examiná-la em apartado.

Sem os elementos não há *ato algum*, administrativo ou não. Ou seja, inexistirá o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico.

Sem os pressupostos de existência faltará o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltará o requerido para a qualificação dele como *ato administrativo* (válido ou inválido).

Sem os pressupostos de validade não haverá *ato administrativo válido*.

No interior da sistematização aludida, consideraremos as várias figuras habitualmente nominadas como elementos. Além delas mencionaremos também a formalização, os requisitos procedimentais e a causa, pois, segundo a sistematização que propomos, devem ser incluídos para que se tenha um panorama geral sobre os fatores concernentes à produção e à validade do ato administrativo.

VI. Elementos do ato

Conteúdo

27. Conteúdo – normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma,

23. Sobre a distinção entre a vontade e o ato jurídico, vejam-se as magistrais e insubstituíveis lições de Hans Kelsen (*Théorie Pure du Droit*, trad. francesa por Charles Eisenmann da 2ª ed., da *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 2-14). É particularmente interessante a seguinte passagem conclusiva: "A existência de uma norma positiva ... (e lembre-se que para Kelsen as normas podem ser gerais e individuais, sendo o ato jurídico concreto uma norma individual) ... sua validade, é coisa distinta da existência objetiva. A norma pode valer quando este ato de vontade já não exista mais. É preciso mesmo ir muito mais longe: *a norma não adquire validade, não entra em vigor, senão quando este ato de vontade cessou de existir*" (p. 14). O grifo é nosso.

a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o *próprio ato*, em sua essência.

Ato cujo conteúdo seja ilícito evidentemente é inválido, ensejando a decretação de nulidade. Registre-se que, para a lisura do ato no que concerne a este aspecto, não basta a verificação de que o ato, por seu conteúdo, não contraria a lei. É preciso mais: cumpre que seja *permitido* (ou imposto, conforme o caso) pela lei. É que o princípio da legalidade no Direito Administrativo, consoante já se viu ao tratar do regime jurídico administrativo e dos princípios constitucionais que o informam no Direito brasileiro, exige não apenas relação de não contradição com a lei, mas demanda relação de subsunção, isto é, de conformidade com a lei (cf. Capítulo I, n. 60, e Capítulo II, ns. 9 e 10).

Preferimos a expressão "conteúdo" à expressão "objeto", acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o *conteúdo* dispõe *sobre alguma coisa*, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa *a respeito* de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas.

Forma

28. *Forma* é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma *forma determinada*, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente. Ora, como *a forma é o meio de exteriorização do ato*, sem forma não pode haver ato.

Não se deve confundir forma, na acepção enunciada, com *formalização*,[24] que é um modo específico de apresentação da forma, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato. Esta última é um pressuposto formalístico.

24. Havíamos sempre usado a expressão "formalidade", ao invés de "formalização". Preferimos, entretanto, substituí-la por esta segunda maneira de dizer. Isto porque a expressão "formalidade" sugere algo sem importância, de pouco relevo, o que certamente não é o caso. Haverá hipóteses em que alguma formalização específica seja menos importante, mas outras haverá em que aspectos da formalização serão relevantíssimos, como é o caso da "motivação" do ato.

VII. Pressupostos do ato

1) Pressupostos de existência

29. Objeto é aquilo sobre que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. É certo que, se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque este algo constitui-se em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra. Dantes o considerávamos absorvido no conteúdo, ao invés de erigi-lo em aspecto de relevância autônoma, por entender que tal opção sistematizadora era mera questão didática, resolúvel indiferentemente de um ou de outro modo. A solução era incorreta.

Razão assiste a Weida Zancaner ao qualificar o objeto como "condição" ou "pressuposto de existência do ato", trazendo à colação argumentos por força dos quais depreende-se que nem mesmo didaticamente é aconselhável deixar de destacá-lo.[25]

Sem objeto – material e juridicamente possível – *não pode surgir ato jurídico algum*, seja ele administrativo ou de qualquer outra tipologia. Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não ato. Vale dizer: pode ter existência material, apenas, ou, então, apresentar-se como mero fato. Juridicamente relevante, mas ato jurídico não será. Logo, não poderá ser ato administrativo.

Lafayette Pondé apresenta alguns exemplos reais, como: intimação, por edital, a funcionário já falecido; licença outorgada a pes-

25. Argumenta, procedentemente, a autora em questão: "O conteúdo, realmente, tem que se referir a um objeto; todavia, nada obsta, lógica ou faticamente, que esse objeto possa inexistir ou ser impossível juridicamente (...) se no mundo fenomênico o conteúdo sempre irá se referir a um objeto, seja este real ou ideal, existente ou não, nas declarações jurídicas não é qualquer objeto que serve como suporte para a manifestação de um conteúdo. Destarte, a afirmação de que num conteúdo há implicitamente referência a um objeto não pode ser extrapolada para o Direito, pois há objetos que não servem de sustentáculo à emanação de uma declaração jurídica e a análise da existência ou viabilidade jurídica do objeto refere-se ao plano da existência ou perfeição do ato e não, exclusivamente, como pretendem alguns, ao plano de sua validade (...). Ele é condição de existência do ato, pois sua ausência, ou a existência de um objeto impossível de ser albergado pelo ordenamento jurídico, não torna o ato inválido, mas, ao menos em nosso entender, o faz material ou juridicamente impossível, conforme o caso (...). Portanto, é a conjugação dos elementos do ato – conteúdo e forma –, com seu pressuposto de existência – o objeto –, que nos conduz à ideia de perfeição" (*Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 36-37).

soa desconhecida, isto é, a funcionário que a autoridade confessa não saber quem seja, por ilegível o nome; decreto que exonera, por motivo de falecimento, dado servidor.[26]

30. Pertinência à função administrativa.[27] Se o ato não for imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo. Ainda aqui, não é uma questão de validade, mas de existência de um ato tipologicamente qualificável como administrativo.

De fora parte os atos advindos de órgãos ou entidades estatais, há atos imputáveis ao Estado e qualificáveis igualmente como administrativos a despeito de não provirem de entidades governamentais. É o que se passa tanto no caso, raro e excepcional, da gestão de negócios, visto que tais pessoas estarão atuando como agentes públicos (cf. Capítulo V, n. 10, "b") no exercício de função administrativa, quanto nas hipóteses corriqueiras da concessão de serviço público ou de delegação de função pública com relação aos atos de autoridades nela envolvidas, o mesmo se podendo dizer, correspondentemente, para as concessões de obra pública.

Igual situação ter-se-á no caso de particulares requisitados ao desempenho de atividade administrativa.

2) Pressupostos de validade

A) Sujeito (pressuposto subjetivo)

31. Sujeito é o produtor do ato. Evidentemente, quem produz um dado ser não se confunde nem total nem parcialmente com o ser produzido; logo, não pode ser designado, com propriedade, como elemento dele. Verifica-se, pois, que o sujeito é exterior ao ato.

Sob este tópico – atinente ao sujeito – deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e

26. "O ato administrativo, sua perfeição e eficácia", *RDA* 29/19.

27. Função administrativa é a função estatal, exercida normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e atipicamente por órgãos de outros Poderes, sempre na conformidade de um regime hierárquico, e que, tal como resulta do sistema constitucional brasileiro, caracteriza-se juridicamente pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto. Por exemplo: se o agente não estava afastado (por suspensão, férias, licença) ou impedido (por parentesco próximo, por temporária suspensão de sua competência).[28]

Claro está que vício no pressuposto subjetivo acarreta invalidade do ato.

B) Motivo (pressuposto objetivo)

32. Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato.

O motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato. É que, mesmo se a lei não alude expressamente aos motivos propiciatórios ou exigentes de um ato, nem por isto haverá liberdade para expedi-lo sem motivo ou perante um motivo qualquer. Só serão de aceitar os que possam ser havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessarte, sintonia com a finalidade legal. Vale dizer: prestantes serão os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicanda.

Além disto, em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido. É esta vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como "teoria dos motivos determinantes", à qual se fará referência a breve trecho.

Assim, por exemplo, se o agente disser que remove o funcionário tal por ausência de trabalho suficiente no local em que pres-

28. É o que sucede em relação aos atos de remoção *ex officio* nos períodos imediatamente pré e pós-eleitorais.

ta serviço, o ato será invalidável se o funcionário demonstrar que, pelo contrário, havia acúmulo de serviço na unidade em que trabalhava.

Consideremos alguns exemplos de motivo: o motivo da dissolução de uma passeata perturbadora da ordem pública é a real ocorrência de *acontecimento tumultuoso*. O motivo da interdição de uma fábrica poluidora da atmosfera é a existência real da *poluição* causada por ela.

Motivo do ato e motivo legal

33. Cumpre distinguir motivo do ato de motivo *legal*. Enquanto este último é a previsão *abstrata* de uma situação fática, empírica, o *motivo do ato é a própria situação material*, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. É evidente que o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for descoincidente com o motivo legal.

34. Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar:

a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato;

b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei.

Cabe salientar que, em certos casos, o "motivo legal" é descritivo de uma situação insuscetível de ser reduzida a uma objetividade absoluta, inquestionável. Por exemplo: quando a lei proíbe comportamentos públicos atentatórios à moral. Em situação desta ordem, o motivo de um ato que reprima comportamentos desta qualificação haverá de ser a imoralidade deles. Ora, a noção de "moralidade" não é determinável, em todos os casos, com rigor absoluto, indiscutível. Consequentemente, caberá à autoridade proceder a uma "valoração" do motivo, isto é, competir-lhe-á ajuizar (segundo um critério em que interfere, inevitavelmente, certo teor de subjetividade) se uma dada conduta deve ou não ser catalogada como respondendo à hipótese legal de imoralidade.

35. Este critério subjetivo de valoração do fato tem limites. É certo que pode haver dúvidas em muitos casos. Haverá, contudo, hipóteses-limites em que, de acordo com os padrões culturais vigen-

tes, a conduta seja positivamente havida como imoral ou, pelo contrário, positivamente havida como não imoral.

Então, se o agente exceder-se nesta "valoração" do motivo, ao ajuizar sobre a correspondência entre o motivo de fato e o motivo legal, o ato será, igualmente, viciado. Isto é, se qualificar como imoral uma conduta que manifestamente não o seja de acordo com os padrões sociais vigentes, o ato será ilegítimo. Em rigor, pode-se dizer, em tais casos, que simplesmente não terá ocorrido o motivo que a lei requeria para tornar admissível a emissão do ato.

Motivo e móvel

36. Não se deve confundir motivo, situação objetiva, real, empírica, com *móvel*, isto é, *intenção*, propósito do agente que praticou o ato.

Motivo é realidade *objetiva e externa* ao agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato.

Móvel é representação *subjetiva*, *psicológica*, *interna* do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção).

O papel da vontade no ato administrativo

37. A vontade – *e, portanto, o móvel do agente* – só é relevante nos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária; isto é, naqueles atos cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopese as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação *subjetiva* sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal.

Nestes casos, se o móvel do agente for viciado por sentimentos de favoritismo ou perseguição, o ato será inválido.[29]

29. Consoante mais além melhor se aclara, o que vicia o ato em casos do gênero é o objetivo descompasso entre o ato e a finalidade da lei, e não meramente o vício de vontade, pois o que importa não é se o agente quis ou não atender à lei, mas se a atendeu ou desatendeu (cf. nosso *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, Capítulo II, especialmente Título IX).

Reversamente, o exame da vontade – *e, portanto, o móvel do agente* – é absolutamente irrelevante quando o ato for completamente vinculado, ou seja: quando a lei predetermina antecipadamente, de modo objetivo e completo, o único possível comportamento administrativo perante motivo por ela já caracterizado em termos que inadmitem qualquer subjetivismo quanto ao reconhecimento de sua existência. É o que sucederia, *e.g.*, no deferimento de aposentação requerida por servidor público que contasse com 35 anos de contribuição.[30]

Deveras, nos atos inteiramente vinculados a vontade do agente não tem importância para efeito algum. É notório o exemplo de ato vinculado praticado por servidor louco e que, apesar disto, é válido se expedido nos termos em que teria que sê-lo.[31]

Motivo e motivação

38. Não se confunde o motivo do ato administrativo com a "motivação" feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a "formalização" do ato, sendo um requisito formalístico dele (cf. ns. 53 e ss.). É a *exposição* dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como "causa" do ato administrativo, noção que será melhor esclarecida a breve trecho (cf. ns. 50 e ss.).

O dever de motivar e as consequências de sua violação

39. Questão importante é a de saber-se se a enunciação dos motivos do ato (ou seja, a "motivação" dele), *contemporânea à prática*

30. Na hipótese suposta, o deferimento da aposentadoria seria obrigatório, *ex vi* do art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição. É bem de ver, outrossim, que o reconhecimento da existência do tempo necessário para obtê-la não comporta subjetivismo algum. Antes, é de caráter estritamente objetivo.

31. Cf. Ernest Forsthoff, *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã, de 1966, Bruxelas, ed. Émile Bruylant, 1969, p. 327. O autor, contudo, a nosso ver erradamente, não cifra a hipótese aos atos obrigatórios de conteúdo vinculado. Pelo contrário: generaliza a conclusão.

do ato, ou pelo menos anterior a ela, é obrigatória (ou quando o será) e, consequentemente, se a falta de motivação, só por si, é causa de invalidade do ato (ou quando o será).

Não há uniformidade de posições ao respeito. O ilustre Professor e Desembargador Antônio Carlos de Araújo Cintra, em monografia excelente, de indispensável leitura, resenha as distintas orientações e registra a tendência universal, na doutrina e jurisprudência, em prol do "alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos". O mesmo o faz, em relação ao Direito Positivo e à jurisprudência, Florivaldo Dutra de Araújo, cuja monografia merece, igualmente, os melhores encômios.[32]

De todo modo, é certo que alguns – perfilhando a tese mais retrógrada – consideram obrigatória a motivação apenas quando a lei a imponha;[33] outros, inversamente, entendem que a motivação é sempre obrigatória;[34] finalmente, outros fazem-na depender da natureza do ato, quer a lei haja exigido explicitamente sua enunciação, quer haja silenciado ao respeito.[35]

32. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1979, Capítulo V, especialmente pp. 114 e ss., e *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, Capítulo V, respectivamente.

33. Esta, evidentemente, é a posição mais antiga e vem, progressivamente, perdendo força na doutrina e jurisprudência de todos os países.

34. Sirva de exemplo a posição do eminente administrativista uruguaio Alberto Ramón Real, em artigo notável: "La fundamentación del acto administrativo", in *Revista de Derecho Público* 27/111 e ss., Universidad de Chile, janeiro-julho/1980, ao depois também publicado no Brasil in *RDP* 62/5 e ss., abril-junho/1982, ou de Agustín Gordillo (que apenas excepciona o caso dos atos tácitos), em seu *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 3, Buenos Aires, Macchi, 1979, pp. X-6 e ss.

35. Dentre as variantes possíveis, quanto a este último posicionamento, cite-se a orientação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem é necessário distinguir entre atos vinculados e discricionários. De acordo com este autor, como o que importa é a coincidência do ato com a lei, *tratando-se de atos vinculados*, ainda quando faltante a enunciação dos motivos exigida por lei, o ato não será inválido se vier a ser provado que a decisão tomada era aquela mesma que a lei impunha. Já, se se tratar de *ato discricionário*, a falta de motivação, quando demandada pela lei ou pela *natureza do ato*, em princípio, acarreta sua invalidade, admitindo-se, todavia, a possibilidade de demonstração de que foi lisamente praticado, isto é, sem desvio de poder, e em perfeita consonância com o que o interesse público demandava no caso concreto. Em caso de dúvida, todavia, a presunção será de invalidade. Restaria saber quando a *natureza do ato* reclama motivação. Segundo o autor, ela seria necessária nas seguintes hipóteses: (a) quando limitador da esfera jurídica dos administrados; (b) quando recusa pretensões destes; (c) quando revogador de atos anteriores e, em consequência, atinge situações jurídicas dos administrados; (d) quando altera precedentes administrativos; (e) quando reforma decisão tomada em nível inferior; (f) quando decide em

40. Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, *contemporânea à prática do ato*, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são "donos" da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, "todo o poder emana do povo (...)" (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a "cidadania" (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

Há de se entender que as razões expostas, em princípio, exigem mais do que a simples enunciação *ulterior* das razões que o estribaram, vez que para ciência *a posteriori* bastaria o supedâneo fornecido pelos incisos XXXIII e XXXIV, "b", do art. 5º, segundo os quais, e respectivamente, é garantido aos administrados o direito de receber dos órgãos públicos "informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral", e obter "certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal".

Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93), *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.

41. Sem embargo – e nisto acompanhamos uma vez mais, como é habitual, as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello –, em se tratando de atos *vinculados* (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público), o que mais importa é *haver ocorrido o motivo* perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido

contrário a pareceres técnicos e elementos constantes do processo administrativo; (g) quando determina comportamentos, como as ordens, por exemplo; (h) quando aplica sanções em decorrência de procedimento administrativo disciplinar e (i) quando emite opiniões, como os pareceres. Cf. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 537-539.

motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo *exigente* do ato preexistia, dever-se-á considerar *sanado o vício do ato*.

Entretanto, *se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária*,[36] *salvo alguma hipótese excepcional*, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, *nos casos em que a lei não exija motivação*, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior.

Registre-se que a Lei 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º, dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros critérios, o da "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão" (inc. VII). Com isto pareceria que generalizou o dever de motivar. Sem embargo, o art. 50 contradiz tal entendimento, pois estatui que os atos administrativos deverão ser motivados nas hipóteses ali indicadas, levando à conclusão de que excluiu o dever de motivar fora dos casos que arrolou em seus incisos I a VIII. É verdade, reconheça-se, que neles abrangeu um universo amplo de situações; a saber: as de negar, limitar ou afetar direitos e interesses; impor ou agravar deveres, encargos ou sanções; decidir processos de concurso ou seleção pública; dispensar ou declarar inexigibilidade de licitação; decidir recursos administrativos; apreciar matéria em reexame de ofício; deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepar de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; e anular, revogar, suspender ou convalidar ato administrativo. Como se vê, aí não estão incluídos atos ampliativos de direito em que a Administração promove situações

36. V. ns. 82-94, para o conceito de atos praticados no exercício da discrição.

favoráveis aos administrados. Cumpre não esquecer que são também muito temíveis os favoritismos em prol de apaniguados ou correligionários políticos. A restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 parece-nos inconstitucional.

A Lei 10.177, de 30.12.1998, que regula o processo administrativo na Administração do Estado de São Paulo, em seu art. 4º, ao arrolar os princípios que o governam, nele inclui a motivação, e no art. 8º declara inválidos os atos administrativos que desatendam aos pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou aos princípios da Administração, especialmente nos casos de "falta ou insuficiência de motivação" (inc. VI).

Teoria dos motivos determinantes

42. A propósito dos motivos e da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a "teoria dos motivos determinantes".

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

C) Requisitos procedimentais (pressuposto objetivo)

43. Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros *atos jurídicos*, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõem o concurso público para o qual o interessado se classificou. Igualmente, o *ato de adjudicação* em uma concorrência só pode ocorrer após o *ato de classificação* do licitante colocado em primeiro lugar. A seu turno, o ato de classificação não pode ser produzido antes do ato de habilitação do concorrente. O ato substanciado no

alvará de licença para edificar depende, para ser expedido, de um ato do particular solicitando a licença. Este pedido, portanto, é condição para a prática do ato que expede a licença.

Tanto o motivo como os requisitos procedimentais são condições para a prática de um certo ato. Mas diferem porque o motivo é um "fato jurídico", ao passo que o pressuposto procedimental é um *ato jurídico*.

D) Finalidade (pressuposto teleológico)

44. *Finalidade* é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato. "Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei", pois o ato administrativo caracteriza-se por sua tipicidade, que é "o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder às figuras definidas previamente em lei como aptas a produzir determinado resultado", conforme ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[37]

Consideremos os mesmos exemplos trazidos à colação a propósito dos motivos, nos casos mencionados no n. 32, agora para localizar a finalidade amparada.

A finalidade do ato que dissolve passeata tumultuosa é a proteção da ordem pública, da paz pública. A finalidade do ato que interdita fábrica poluidora da atmosfera é a proteção da salubridade pública.

45. Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal. Com efeito, bem o disse Eduardo García de Enterría, com a habitual proficiência, que "os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade".[38]

37. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 453.

38. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. I, Madri, Civitas, 1983, p. 442.

Então, se o agente dispõe de competências distintas para a prática de atos distintos, não pode, sob pena de invalidade, valer-se de uma competência expressada pelo ato "x" com o fito de alcançar a finalidade "z" que deveria ser atingida por meio do ato "y".

Por exemplo: se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo *com a finalidade de puni-lo*, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva.

Se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal como punitivo.

A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em "desvio de poder" ou "desvio de finalidade".

Teoria do desvio de poder

46. Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.[39]

Há, em consequência, um *mau uso da competência* que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma *finalidade* que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: "visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito".[40]

47. Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.

39. A decisão que, entre nós, deve ser considerada autêntico *leading case* é o acórdão do TJRN publicado na *RDA* 14 e comentado pelo eminente publicista Víctor Nunes Leal. O relator do acórdão, responsável pelo voto magistral, foi Seabra Fagundes, jurista excepcional e verdadeiro paradigma de cidadão virtuoso.

40. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 80 e 81.

48. De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

a) quando o agente busca uma finalidade *alheia ao interesse público*. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;

b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à "categoria" do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: "Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal".[41]

Exemplo da primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove um funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade por ele.

Exemplo da segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário – que merecia uma punição – a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva.

O desvio de poder não é mácula jurídica privativa dos atos administrativos. Pode se apresentar, igualmente, por ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: *leis* e *decisões judiciais* são igualmente suscetíveis de incorrer no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanações das competências públicas, as quais impõem fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que produzirem resultarão enodoados pela indelével jaça do desvio de poder. Sobre isto melhor se falará em outro tópico (Capítulo XIX, n. 48).

49. No desvio de poder, ao contrário do que habitualmente se afirma e do que nós mesmos vínhamos sustentando,[42] nem sempre há um "móvel", isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, o agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era prestante, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada.

41. Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pp. 72-73.

42. Até a 4ª edição deste livro.

É certo, entretanto, que o frequente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente – ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício –, mas o desacordo *objetivo* entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.

E) Causa (pressuposto lógico)

50. *Causa*: "É uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto", diz André Gonçalves Pereira,[43] ou seja, é o vínculo de pertinência entre o *motivo* e o *conteúdo* do ato. Pode-se defini-la, de maneira mais correta como "a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato *em função da finalidade tipológica do ato*". Com efeito: tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato.

A palavra "causa" tem sido usada em várias acepções. Utilizamo-la no sentido que lhe atribui o autor português citado, com o acréscimo elucidativo que nos parece indispensável para dar suporte racional e jurídico à noção.

Então, a falta de "causa", na acepção adotada, invalida o ato administrativo, isto é, se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, com o ato que praticou, este estará viciado. A ausência de adequação lógica entre o pressuposto em que o agente se fundou e o ato que praticou compromete irremissivelmente sua conduta. É que, na lapidar expressão de Caio Tácito: "A regra de competência não é um cheque em branco".[44]

51. A noção de causa acima exposta é importante porque graças a ela o Judiciário pode controlar a validade do comportamento da Administração mesmo quando a lei não enuncia os motivos que legitimam a prática de um ato. Portanto, ainda quando o agente pode escolher os motivos, cumpre que estes guardem relação de pertinência com o ato praticado. Causa não se confunde com motivo.

43. *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, p. 122.
44. Ob. cit., p. 5.

Com efeito: motivo é o pressuposto de fato; causa é a *relação* entre ele e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe assinou como própria. Nota-se tal distinção quando se consideram as hipóteses em que a lei dá liberdade ao administrador para escolher os motivos. Nestes casos, não poderia invalidar o ato por falta do "motivo legal" ou inadequação entre o "motivo de fato" e o "motivo legal" justamente em razão da circunstância de a norma jurídica não o indicar.

Também aqui não comparece necessariamente o problema de vício por ocasião da "motivação", isto é, da enunciação dos motivos, porque os motivos invocados, ainda que não previstos em lei, podem ser reais e, portanto, não falsos.

Através da *causa* vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexo lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender.

52. É, pois, no âmbito da causa que se examinam dois tópicos extremamente importantes para a validade do ato, a saber: a) sua *razoabilidade* e b) sua *proporcionalidade*.[45] Quanto a esta última, foi expressamente categorizada como princípio da Administração Pública pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.1999. Anote-se que o parágrafo único do mesmo dispositivo, ao mencionar critérios que deverão reger a conduta administrativa, aponta, entre eles, um que deve ser considerado como aclarador da noção de proporcionalidade. É o que impõe o dever de "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

Já havíamos feito menção ao fato de que o princípio em causa deve ser havido, entre nós, como de hierarquia constitucional (Capítulo II, n. 15). Por fundamento diverso – mas também aduzível em face da Lei Magna brasileira –, o eminente publicista germânico Ernst Forsthoff sustentou o mesmo à vista da Constituição alemã. O renomado jurista argutamente observou que: "(...) uma vez que a Constituição protege com tal insistência a liberdade e o livre desenvolvimento da pessoa, não se pode admitir que o legis-

45. À razoabilidade e à proporcionalidade já nos referimos com alguma detença no Capítulo II (ns. 13-16), ao tratar de ambas como princípios a que a Administração Pública está submissa por força da Constituição.

lador e a Administração imponham à liberdade restrições que excedam o necessário para atingir o fim perseguido. É neste sentido que o princípio da proporcionalidade dos meios ao fim tem valor constitucional".[46]

Em rigor, a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi *mais intensa* ou *mais extensa* do que o necessário. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável. O ato administrativo, para ser juridicamente razoável, há de respeitar também os "Princípios Gerais de Direito", pois estes, como disse Eduardo García de Enterría em averbação feliz, não se constituem em abstrato reclamo da Moral ou da Justiça, mas são uma "condensação dos grandes valores jurídico-materiais que constituem o substrato do Ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica".[47]

Os poderes públicos, como é notório, não são deferidos às autoridades para que deles façam um uso qualquer ou em quaisquer circunstâncias, mas tão só para que os utilizem quando irrompam os fatos que os justificam, e na medida indispensável ao atendimento do bem jurídico que estão, de direito, obrigadas a curar. Deveras, a lei outorga competências em vista de um certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configuram uma superação do escopo normativo, um transbordamento da finalidade legal – e, portanto, um transbordamento da própria competência.

Assim, as competências administrativas só podem ser validamente exercidas perante os eventos que lhes requeiram a irrupção e na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que as disposições cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculadas de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito que as circunscreve; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Deveras, o excesso, a demasia,

46. *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã pelo Prof. Michel Fromont, Bruxelas, Établissements Émile Bruylant, 1969, p. 130.

47. Ob. e vol. cits., p. 449.

acaso existentes não beneficiam a ninguém, em nada concorrem para o benefício coletivo. Apresentam-se, pois, como providências ilógicas, desarrazoadas, representando, pois, única e tão somente, um agravo inútil, gratuito, aos direitos de cada qual – e, por isto, juridicamente inaceitáveis.

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma extensão ou intensidade supérfluas, prescindendas, excessivas em relação ao que bastaria para a proteção do interesse público que lhes serve de calço, fica patenteada de maneira clara a ilegitimidade em que está incursa.

Cabe, aqui, invocar lições de Enzo Capaccioli: "Se a finalidade pública pode ser alcançada com um sacrifício menor ou hipoteticamente sem sacrifício algum dos interesses secundários (públicos ou privados), não há motivo para agir de modo diverso".[48]

Com efeito, ninguém está obrigado a suportar onerações à sua liberdade que não sejam efetivamente condicionais à proteção ao bem jurídico coletivo. Isto porque é o atendimento deste valor – e tão somente ele – o que faz irromper *in concreto* a competência exercitável pela autoridade pública e, ao mesmo tempo, lhe delimita a compostura, isto é, a específica amplitude na situação em causa.

Dessarte, conduta que a agrave além do indispensável, ademais de demonstrar anacrônico menoscabo pela situação jurídica do administrado – como se ainda vigorasse a ultrapassada relação soberano/súdito (ao invés de Estado/cidadão) –, exibe, ao mesmo tempo, tanto um descompasso óbvio com o princípio da razoabilidade como sua assintonia com o escopo legal, ou seja, com a finalidade abrigada na lei atributiva da competência.

F) Formalização (pressuposto formalístico)

53. Formalização é a *específica maneira* pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o *modo específico*, o modo próprio, desta exteriorização.

48. *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, CEDAM, 1980, p. 285.

54. Normalmente, a formalização do ato administrativo é *escrita*, por razões de segurança e certeza jurídicas. Entretanto, há atos expressos por via oral (por exemplo, ordens verbais para assuntos rotineiros) ou por gestos (ordens de um guarda sinalizando o trânsito), o que, todavia, é exceção, ou, até mesmo, por sinais convencionais, como é o caso dos sinais semafóricos de trânsito.

A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse. Assim, como já se deixou dito, *a motivação do ato é importante requisito de sua formalização.*

55. Sem embargo, há aspectos da formalização que podem, eventualmente, ser irrelevantes quanto à validade do ato. Como ao diante se verá, ao tratar da invalidade dos atos administrativos, certos defeitos de formulação apenas caracterizam o ato como "irregular", não afetando sua validade.

Há um aparente contrassenso entre o reconhecimento de que um ato desatendeu ao previsto em lei, quanto à maneira pela qual devia ser expressado, e a afirmação de que tal defeito não lhe afeta a validade. Não nos furtamos a dizer que sempre sentimos um grande desconforto ao sufragar o ponto de vista de que pode haver ato veiculado em descompasso com a previsão normativa, por defeito de formalidade, e, a despeito disto, não ser invalidável pelo vício destarte reconhecido. Meditando sobre a questão, acabamos por concluir que o problema, aparentemente insolúvel, tem, entretanto, solução simples.

56. É que, em muitos casos, a indicação legal de que o ato deve ser expressado por "portaria" ou por algum outro modelo instrumental de enunciação do ato não interfere para nada com as garantias do administrado ou com a segurança e certeza em relação ao conteúdo do ato. Assim, *a função única e específica da formalização prevista, em hipóteses que tais, é apenas a de "uniformizar", ou seja, "padronizar" o instrumento de veiculação dos distintos atos administrativos.* Cumpre, portanto, um objetivo meramente organizatório interno, sem qualquer relevo externo. Trata-se, em rigor, de uma simples metodização das "fórmulas" de veiculação dos atos.

Daí que a violação destas normas de mera "padronização" acarretará apenas sanção para o agente faltoso que descumpriu o dever normativo de atender a uma "uniformização" útil para a boa organi-

zação das formalidades de rotina de atuação do aparelho administrativo, mas nenhuma interferência terá quanto à validade do ato.

É evidente, todavia, que tal "irregularidade" só se caracteriza como tal quando uma formalização falha ou de todo modo diversa daquela prevista em lei seja, deveras, absolutamente irrelevante para fins de garantia do administrado. Isto é, quando o desvio do padrão normativo não implique diferença alguma capaz de afetá-lo. Importa, pois, para caracterizar o defeito do ato como mero vício de irregularidade que a adoção de uma "fórmula" para expedir o ato ao invés daquela que seria a própria tenha a mesma publicidade prevista para esta; que as vias recursais e os prazos para insurgir-se sejam idênticos etc.

56-A. A excelente administrativista mineira, profa. Raquel Melo Urbano de Carvalho, compôs um quadro extremamente didático sobre os "elementos/pressupostos" do ato administrativo, vícios e efeitos, no seu precioso *Curso de Direito Administrativo* (Juspodium, 2ª ed., 2009, pp. 483-484).

VIII. O silêncio no Direito Administrativo

57. Se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão, está-se perante o silêncio administrativo.

Em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido *in albis* o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é o mais comum) a pretensão do administrado[49] ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado.

58. No Direito português ambas as *hipóteses* são denominadas "atos tácitos".[50] Já, no Direito italiano a omissão administrativa em

49. Assim costuma ser, em geral. No Direito italiano existe inclusive a expressão corrente *silenzio-rigetto*, perante recursos hierárquicos interpostos pelos administrados sem pronunciamento administrativo tempestivo, ou *silenzio-rifiuto*, perante postulações dos administrados em face das quais a Administração deva se manifestar em dado tempo e não o faz. Ao respeito, v., *e.g.*, Enzo Capaccioli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, CEDAM, 1980, pp. 364-368.

50. André Gonçalves Pereira explica que tal realidade, denominada de ato tácito no Direito português, abriga duas situações de compostura jurídica distinta: uma que

manifestar-se perante pretensão do administrado sobre a qual deva pronunciar-se é conhecida simplesmente como silêncio, ao passo que a expressão "ato tácito" ou declaração tácita é, algumas vezes, utilizada para referir outra situação: aquela reveladora do que mais propriamente se denominaria "ato implícito".[51] A saber: os casos em que a Administração não se manifesta explicitamente ante uma dada situação, entretanto, através de *outro comportamento* seu, pode-se deduzir, inequivocamente, uma *decisão implícita*, decorrente de algum ato explícito ou mesmo de um fato (*facta concludentia*). Sirva de exemplo um pedido de permissão de uso em relação a dado bem imóvel efetuado por mais de um sujeito. Deferida a um, está implicitamente indeferida a outro.

59. Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um "fato jurídico" e, *in casu*, um "fato jurídico administrativo". Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como *imputação legal*, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um "ato tácito".

Não há ato sem extroversão. Por isto mesmo, ainda que a Administração houvesse, de antemão, contado com o efeito legal previsto – e por tal motivo se omitido –, de qualquer forma o efeito que sur-

corresponderia a atos tácitos *internos* e outra que corresponderia a atos tácitos *externos*. Internos seriam os que resultam da omissão de órgão administrativo controlador em manifestar tempestivamente sua aquiescência ou desacordo em relação a ato de outro órgão que deva ser objeto de seu controle. Se não o fizer em determinado prazo, a lei o considera aprovado. Externos seriam os resultantes da omissão administrativa em apreciar, em dado tempo legalmente prefixado, uma pretensão do administrado. Não o fazendo, considera-se rejeitada a pretensão que lhe fora submetida. O autor nega, entretanto, que, em quaisquer destes casos, se esteja verdadeiramente perante "atos" administrativos, sustentando, ao nosso ver com razão, que no caso dos "atos tácitos internos" o que há é simplesmente uma restrição temporal à competência do órgão controlador. Transcorrida *in albis* a dilação legalmente prevista, a competência controladora não mais pode ser exercida e o ato controlado torna-se eficaz (o autor diz "executório") *ope legis*. No caso dos "atos tácitos externos", afirma que o que ocorre é simplesmente a permissão legal para que o interessado passe diretamente às vias contenciosas, com prescindência do ato administrativo denegatório.

51. V., por exemplo, Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milão, Giuffrè, 1936, pp. 318 a 320, ou Arnaldo de Valles, *Elementi di Diritto Amministrativo*, Florença, Ed. Poligrafica Universitaria, 1937, pp. 214-216.

girá é consequência normativamente irrogada ao fato da omissão, não havendo como filiá-la a uma inexistente extroversão administrativa, a uma declaração jurídica que não houve por parte dos agentes públicos que deveriam tê-la proferido.

Aliás, se fora possível, em tais casos, considerar o silêncio como ato (e já se viu que não pode sê-lo), além de se ter que admitir a existência de um ato sem formalização – pior ainda, sem forma sequer (o que é logicamente impossível) –, tratar-se-ia de um ato ilícito. Com efeito, a formalização é, de regra, uma garantia, quer para a Administração, quer para o administrado, pois cumpre a função de conferir segurança e certeza jurídicas, as quais, destarte, ficariam suprimidas. Além disto, o pseudoato incorreria no vício de falta de motivação. Frustraria uma formalização que é uma garantia do administrado e um direito descendente do princípio de que todo o poder emana do povo, o qual, bem por isto, tem o direito de saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso.

60. Visto que o silêncio é um fato e não um ato, importa saber quais serão suas consequências (a) em relação ao sujeito administrativo que se omitiu e (b) em relação ao administrado que peticionou e não obteve resposta.

Em relação ao sujeito administrativo a questão é simplicíssima.

A Constituição consagra o direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a") e este presume o de obter resposta. Com efeito, simplesmente para pedir ninguém precisaria de registro constitucional assecuratório, pois não se imaginaria, em sistema algum, que pedir fosse proibido. Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação a suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola o Direito. Donde, o agente que silencia indevidamente comporta-se com negligência, viola o dever funcional de "exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo" (art. 116, I, da Lei 8.112, de 11.12.1990 – Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e de "observar as normas legais e regulamentares" (inciso III do mesmo artigo), expondo-se às sanções administrativas pertinentes. Na órbita da União, a Lei 9.784, de 29.1.1999, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal", é absolutamente clara, em seu art. 48, ao estatuir: "A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência".

Além disto, se a omissão da Administração resultar em dano jurídico ao administrado, tal omissão pode ensejar, se for o caso, responsabilidade patrimonial do Estado, de fora parte a do próprio servidor, nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da Constituição).

61. As consequências do silêncio em relação ao administrado cuja postulação ficou irrespondida também não apresentam dificuldades de monta para serem deduzidas. Deveras, nos casos em que a lei atribui dado efeito ao silêncio, o problema já está de per si resolvido. Com efeito, se o efeito legal previsto era concessivo, o administrado está atendido; se era denegatório, poderá demandar judicialmente que a Administração se pronuncie, se o ato omitido era de conteúdo discricionário, pois faz jus a uma decisão *motivada*; se, pelo contrário, o ato era de conteúdo vinculado e o administrado fazia jus a ele, demandará que o juiz supra a omissão administrativa e lhe defira o postulado.

Nos casos em que a lei nada dispõe, as soluções seguem, *mutatis mutandis*, equivalente diapasão. Decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa, se houver prazo normativamente estabelecido, ou, não havendo, se já tiver decorrido tempo *razoável* (cuja dilação em seguida será mencionada), o administrado poderá, conforme a hipótese, demandar judicialmente:

a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha *direito* ao que pedira, isto é, se a Administração estava *vinculada quanto ao conteúdo do ato* e era obrigatório o deferimento da postulação;

b) que o juiz assine prazo para que a Administração se manifeste, sob cominação de multa diária, *se a Administração dispunha de discrição administrativa no caso*, pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado, mas tão somente a isto.

Na União, conforme o art. 49 da citada Lei de Processo Administrativo Federal, o prazo para a Administração se pronunciar, uma vez concluída a instrução do processo administrativo, é de 30 dias, prorrogáveis, motivadamente, por mais 30. Em São Paulo a correspondente lei dispõe, no art. 33, que "o prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de cento e vinte dias, se outro não for legalmente estabelecido".

Modificando o ponto de vista expressado até a 16ª edição, entendemos que, em princípio, onde faltar lei disciplinando a matéria haver-se-á de entender como prazo razoável, por analogia ao disposto na lei federal de processo, o mesmo prazo nela estabelecido.

IX. Atributos dos atos administrativos

62. A ordem jurídica, é natural, dispensa tratamentos diferentes aos interesses públicos e privados. Pode-se mesmo dizer que a sobrevivência e garantia dos últimos dependem da prevalência dos primeiros.

A Administração Pública, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários – únicos colimáveis –, em oposição aos secundários), encontra-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares.

Por meio de umas e de outras, pretende-se equipá-la adequadamente para o exato e eficiente cumprimento de sua razão de ser.

Tanto as limitações que a tolhem quanto os favores que a adornam não visam senão a conformá-la e habilitá-la ao rigoroso alcance de seus fins.

63. Como se disse, a Administração Pública, para cumprimento dos fins que lhe são legalmente assinalados, dispõe de meios jurídicos peculiares, perfeitamente diversos dos que presidem as relações entre particulares.

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade – internos ao setor público.

Nenhum desses poderes, juridicamente regulados, sublinhe-se, constitui-se em benefícios conferidos à Administração, por ser órgão do poder.

Não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à "força governante" (para usar uma desataviada mas realista expressão de Duguit) pelo mero fato de ser a força governante.

Em suma, nada do que favorece o Poder Público pode ser invocado sob a alegação do *quia nominor leo*, usualmente apresentada

de modo mais sutil, porém encobrindo sempre a mesma realidade. A advertência, que poderia parecer supérflua e deslocada no tempo, infelizmente tem sua razão de ser. A matéria a ser tratada ressente-se, muitas vezes, como, de resto, tantas outras desta disciplina jurídica, de um tratamento em que há inconsciente e acrítica utilização de raciocínios, conceitos e fundamentos superados que traem uma visão autocrática e marcada pelos ressaibos de um período já vencido, o do Estado de Polícia.

64. A justificação dos poderes, juridicamente regulados, que assistem à Administração Pública reside na qualidade dos interesses que lhe incumbe prover. Bem por isso, a utilização de suas prerrogativas só é legítima quando manobrada para a realização de interesses públicos e na medida em que estes sejam necessários para satisfazê-los.

Exteriorizam bem sua posição de supremacia – a qual, em rigor, não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos – a possibilidade de constituir os particulares em obrigações por ato unilateral, a presunção de veracidade e de legitimidade de seus atos, a exigibilidade e a executoriedade dos atos administrativos.

No Estado de Direito, já se vê, nenhum desses poderes é incondicionado. Nem mesmo se poderia dizer que existem sempre. Com efeito, o caráter instrumental das prerrogativas da Administração desde logo lhes desenha teoricamente o perfil. Sejam quais forem os meios jurídicos especiais que ataviam o desempenho da função administrativa, nenhuma existe como favor concedido à própria Administração. Em verdade, são favores concedidos aos interesses públicos: à função desempenhada e não ao sujeito que a desempenha. Eis por que unicamente persistem quando relacionados com a proteção deles.

Se as prerrogativas em questão fossem da própria Administração Pública, ela disporia delas *sempre*. Se fora um privilégio inerente à sua condição de aparelho governamental, existiriam ainda quando esta perseguisse uma finalidade estranha ao interesse público.

65. Os atos administrativos possuem atributos típicos, inexistentes nos atos de Direito Privado. Enquanto alguns deles acompanham quaisquer atos administrativos, outros têm cabida e razão de existir apenas nos casos em que o Poder Público expede atos que condicionam, restringem, a situação jurídica dos administrados ou, de todo modo, quando visam a propor-se como impositivos para eles. É dizer: certos atributos, evidentemente, não comparecem nos

chamados atos "ampliativos", em que o Poder Público simplesmente defere aos administrados a fruição de algo que lhes amplia a esfera jurídica e em geral atende ao que foi pretendido pelos administrados (concessões, licenças, autorizações, permissões, outorgas de prêmios etc.).

66. Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes:

a) *Presunção de legitimidade* – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Com efeito – bem o disse Ney José de Freitas, em oportuna monografia –, "a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova".[52] Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subsequentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados.

b) *Imperatividade* – é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de "poder extroverso", que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

c) *Exigibilidade* – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, *apenas se constitui uma dada situação*, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.

d) *Executoriedade* – é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.

52. *Ato Administrativo – Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova*, Belo Horizonte, Forum, 2007, p. 142.

67. A executoriedade não se confunde com a *exigibilidade*, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de *coação material*, de *execução* do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade mas que não possuem executoriedade. Exemplo: a intimação para que o administrado construa calçada defronte de sua casa ou terreno não apenas impõe esta obrigação, mas é exigível porque, se o particular desatender ao mandamento, pode ser multado sem que a Administração necessite ir ao Judiciário para que lhe seja atribuído ou reconhecido o direito de multar. Ainda mais: a Administração pode construir a calçada, por conta própria, e debitar o custo desta obra ao administrado (é isto que se designa pela locução "execução de ofício"), igualmente sem necessidade de socorrer-se das vias judiciais para realizar esta construção. Entretanto, não pode obrigar materialmente, coativamente, o particular a realizar a construção da calçada. Nos casos de executoriedade, pelo contrário, a Administração, por si mesma, compele o administrado, como, *v.g.*, quando dissolve uma passeata, quando interdita uma fábrica, quando se *apossa* (caso de requisição) de bens indispensáveis ao consumo da população em caso de urgência ou calamidade pública, quando apreende medicamento cujo prazo de validade se expirou, quando destrói alimentos deteriorados postos à venda, quando interna compulsoriamente uma pessoa portadora de moléstia infectocontagiosa em época de epidemia.

Em suma: a executoriedade é um *plus* em relação à exigibilidade, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios.

Ainda um exemplo: a Administração pode *exigir* que o administrado demonstre estar quite com os impostos municipais relativos a um dado terreno, sem o quê não expedirá o alvará de construção pretendido pelo particular, o que demonstra que os impostos são *exigíveis*, mas não pode obrigar coativamente, por meios próprios, o contribuinte a pagar imposto. A fim de obtê-lo necessitará mover ação judicial.

68. Sintetizando: graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de *meios indiretos que induzirão* o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.

69. Se compararmos estes diferentes atributos mencionados, vamos verificar que, pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo; pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquiescência, uma obrigação; pela exigibilidade, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário; pela executoriedade, o ato subjuga o administrado à obediência por meio de coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial.

Cammeo registra – e com razão – que a executoriedade não é do ato, embora comumente se use esta expressão, mas é da pretensão jurídica.

Finalmente, observe-se que tanto a exigibilidade como a executoriedade têm como característica central o fato de se imporem sem necessidade de a Administração ir a juízo. É este traço que diferencia a situação do ato administrativo em relação ao ato do particular, pois este necessita de uma sentença que torne *exigível* sua pretensão perante outro sujeito. Uma vez proferida a sentença, caso a parte condenada não a obedeça, o particular necessita de uma *execução judicial*. Ou seja: nas relações privadas, a sentença é que funciona como título *exigível* e a ordem judicial de execução é que funciona como título *executório*, enquanto no Direito Administrativo o próprio ato do Poder Público já dispõe do atributo de exigibilidade e do atributo de executoriedade que lhe é, *embora não sempre*, conferido pelo sistema legal.

70. Excepcionalmente também existe exigibilidade ou até mesmo executoriedade nas relações de Direito Privado. São casos raríssimos, contudo. Cite-se: o direito do hoteleiro de reter a bagagem do hóspede que não lhe pague a hospedagem. É caso de exigibilidade do pagamento. Por este meio indireto ele induz o hóspede a saldar sua conta, mas não pode compelir fisicamente à entrega do dinheiro nem pode sacá-lo do bolso do cliente, pelo quê não se pode falar em executoriedade; já, a retomada da posse de um bem imóvel, imediatamente após o esbulho, facultada a quem sofra tal violação de direito, é caso de executoriedade, pois, nesta hipótese, o ofendido pode, por si mesmo, com uso da força se necessário, garantir-se a posse do bem. Tais casos, entretanto, são excepcionalíssimos no Direito Privado.

Casos em que cabe executoriedade

71. No Direito Administrativo a exigibilidade e a executoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses:

a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio;

b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração; isto é, nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que incumbe à Administração assegurar. Isto ocorre nos casos *em que a medida é urgente* e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração para atingir o fim tutelado pelo Direito, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. Nestes casos entende-se que a autorização para executoriedade está *implícita* no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco.

Defesas contra a executoriedade

72. A executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para *impedir preventivamente* sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos. As medidas judiciais especialmente eficazes para defesa do administrado em hipóteses destas são o mandado de segurança preventivo ou repressivo (art. 5º, LXIX, da Constituição e Lei 12.016, de 7.8.2009, que regulou este instituto) e o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da Constituição), que também pode ser impetrado preventiva ou repressivamente. Finalmente, o dano que houver resultado para o particular em decorrência de ilegítima ou abusiva utilização da autoexecutoriedade acarreta responsabilidade do Estado, isto é, constitui o Poder Público na obrigação de indenizar o lesado (art. 37, § 6º).

X. Classificação dos atos administrativos

73. Os atos administrativos podem ser objeto de múltiplas classificações, conforme o critério em função do qual sejam agrupados. Mencionaremos algumas das mais comuns.

a) Quanto à natureza da atividade

74. (1) Atos de *administração ativa* – os que visam a criar, produzir, uma utilidade pública, constituindo situações jurídicas. Exemplo: autorizações, licenças, nomeações, declarações de utilidade pública, concessões etc.

(2) Atos de *administração consultiva* – os que visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Exemplo: pareceres, informes etc.

(3) Atos de *administração controladora ou atos de controle* – os que visam a impedir ou permitir a produção ou a eficácia de atos de administração ativa mediante exame prévio ou posterior da conveniência ou da legalidade deles. Exemplo: aprovações prévias ou posteriores, homologações etc.

(4) Atos de *administração verificadora* – os que visam a apurar ou documentar a preexistência de uma situação de fato ou de direito. Exemplo: os chamados atos de "acertamento" na Itália (como o exame para apurar se um funcionário está ou não doente para obter licença, se um candidato a motorista sabe ou não ler e escrever para obter a carteira de habilitação, se uma árvore está ou não atacada de cancro cítrico para ser abatida, se um indivíduo é ou não diplomado em curso superior para poder exercer certa atividade), bem como os atos de inscrição, registro e certificação, pelos quais se documenta uma certa situação.

(5) Atos de *administração contenciosa* – os que visam a julgar, em um procedimento contraditório, certas situações. Exemplo: o julgamento de funcionários em "processos administrativos", decisões do Conselho de Contribuintes etc. São atos administrativos porque não têm força de coisa julgada. Podem ser revistos pelo Judiciário.

b) Quanto à estrutura do ato

75. (1) Atos *concretos* – os que dispõem para um único e específico caso, esgotando-se *nesta única aplicação*. Exemplo: a exoneração de um funcionário.

(2) Atos *abstratos* – os que preveem *reiteradas e infindas aplicações*, as quais se repetem cada vez que ocorra a reprodução da hipótese neles prevista, alcançando um número indeterminado e

indeterminável de destinatários. Exemplo: o regulamento (que é ato administrativo em sentido amplo) cujas disposições colherão sempre novos casos tipificáveis em seu modelo abstrato. Vale observar, entretanto, que muitas vezes há em um regulamento disposições concretas, ao lado de outras abstratas, como bem ressaltou Pietro Virga.[53]

c) Quanto aos destinatários do ato

76. (1) Atos *individuais* – os que têm por destinatário sujeito ou sujeitos especificamente determinados.

O ato individual pode ser *singular* ou *plúrimo*. Singular se o destinatário é o único sujeito especificado. Exemplo: a nomeação de um dado funcionário. Plúrimo se os destinatários são múltiplos sujeitos especificados. Exemplo: a nomeação, em uma única lista, de múltiplos sujeitos especificados.

(2) Atos *gerais* – os que têm por destinatário uma categoria de sujeitos inespecificados, porque colhidos em razão de se incluírem em uma situação determinada ou em uma classe de pessoas. Exemplo: um edital de concurso público, uma ordem para dissolução de passeata, a concessão de férias coletivas aos funcionários de uma dada repartição. Em todos estes exemplos o ato é geral e *concreto*, pois esgota-se com uma única aplicação. Já, um regulamento de promoção de funcionários expedido para vigorar continuamente é ato geral e *abstrato*, porque a hipótese se renova iterativamente.

d) Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática

77. (1) Atos ditos *discricionários* e que melhor se denominariam *atos praticados no exercício de competência discricionária* – os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. Exemplo: autorização de porte de arma.

(2) Atos *vinculados* – os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente

53. *Il Provvedimento Amministrativo*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 15.

tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos. Exemplo: licença para edificar; aposentadoria, a pedido, por completar-se o tempo de contribuição do requerente.

Em razão da importância desse discrímen, o tema será retomado mais adiante com a necessária detença.

e) Quanto à função da vontade administrativa

78. (1) Atos *negociais* ou *negócios jurídicos* – os em que a vontade administrativa é, de direito, preordenada à obtenção de um resultado jurídico, sendo ela que cria imediatamente os efeitos jurídicos, embora dentro dos quadros legais. Exemplo: a admissão de alguém ao gozo de um serviço público.

(2) Atos *puros* ou *meros* atos administrativos – os que correspondem a simples manifestações de conhecimento (como uma certidão) ou de desejo (como um voto em órgão colegial), nos quais os efeitos jurídicos descendem diretamente da lei, de tal sorte que o ato nada mais faz que implementar uma condição legal para a deflagração deles.

f) Quanto aos efeitos

79. (1) Atos *constitutivos* – os que fazem nascer uma situação jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior. Exemplo: uma autorização para exploração de jazida; a demissão de um funcionário.

(2) Atos *declaratórios* – os que afirmam a preexistência de uma situação de fato ou de direito. Exemplo: a conclusão de vistoria em edificação afirmando que está ou não em condições habitáveis; uma certidão de que alguém é matriculado em escola pública.

g) Quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados

80. (1) Atos *ampliativos* – os que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário. Exemplo: concessões em geral, permissões, autorizações, admissões, licenças.

(2) Atos *restritivos* – os que diminuem a esfera jurídica do destinatário ou lhe impõem novas obrigações, deveres ou ônus. Exemplo: os que extinguem os atos ampliativos, as sanções administrativas em geral, as ordens, as proibições etc.

Embora jamais tenhamos encontrado esta advertência, é importante notar que a teoria do ato administrativo foi largamente construída sobre esta última categoria, isto é sobre os atos que se apresentam como impositivos para os administrados (quais, *e.g.*, uma declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, os atos fiscalizadores e sancionadores em geral ou que, de todo modo, constrangem o administrado a fazer, não fazer ou suportar algo): atos restritivos da esfera jurídica dos administrados.

Tanto é exato que este viés errôneo presidiu o exame do ato administrativo que, na França, é comum definir-se o ato administrativo referindo uma "decisão executória".[54] Ora, isto, evidentemente, não é exato, pois, para sê-lo, seria preciso excluir do campo dos atos administrativos os atos ampliativos (como as permissões, concessões, admissões, licenças, autorizações etc.) o que, evidentemente, ninguém faz, conquanto estes últimos não exibam a totalidade das características presentes nos atos tomados como paradigmas para a construção da teoria do ato administrativo. Deveras, a admissão, a autorização, a concessão são atos administrativos, ninguém jamais o negou, e não se constituem em decisões executórias.

A presença da aludida perspectiva facilmente se nota na teoria do processo administrativo (também chamado de *procedimento administrativo*), a qual está centrada, de modo claro, nos atos restritivos, dada sua evidente preocupação de colocar limites que resguardem o administrado de eventuais arbitrariedades administrativas. Por isto, nem todos os princípios indicados como pertinentes ao processo administrativo são aplicáveis à generalidade deles. Alguns destes princípios não podem ser referidos aos atos ampliativos, como ao diante indicamos (Cap. VIII, ns. 37 e 38).

54. René Chapus anota que, no aresto Huglo (1982), o Conselho de Estado francês se manifestou no sentido de que "o caráter executório" das decisões administrativas é "a regra fundamental do direito público" (*Droit Administratif Général*, 6ª ed., t. 1, Ed. Montchrestien, 1992, p. 375). Embora, ao nosso ver, sem descortinar que o discrímen importante é entre atos unilaterais ampliativos e restritivos, o fato é que obras mais modernas procuram discernir a decisão executória de outros atos administrativos. Assim, no *Droit Administratif* de Georges Vedel e Pierre Devolvé (12ª ed., PUF, 1992), os autores averbam que as decisões executórias são "uma variedade de atos administrativos unilaterais", mas que a expressão – cuja fortuna notoriamente se deve a Hauriou – vinha sendo usualmente empregada como sinônimo de ato administrativo unilateral, o que eles próprios haviam feito até essa 12ª edição (pp. 243-244).

Bem observando, nota-se que a teoria da *existência* e da *validade* dos atos administrativos é, realmente, igual tanto para os atos restritivos como para os ampliativos, conquanto os efeitos da invalidação, como se dirá a bom tempo, não sejam os mesmos em uma e outra categoria; mais além (n. 173) anotamos que nos atos restritivos os efeitos da invalidação são *ex tunc* e nos atos ampliativos geralmente são *ex nunc*. Assim também a *teoria da eficácia*, ou *dos efeitos*, é distinta entre eles, não se propondo em relação aos ampliativos nada do que se relaciona com a imperatividade, exigibilidade ou executoriedade conforme já assinalamos (no n. 65). Por outro lado, toda a temática relativa à participação da vontade do particular na formação de relações administrativas só se propõe em relação aos atos ampliativos[55] e o mesmo se dirá da chamada "coisa julgada administrativa" (no n. 136). Dessarte, o discrímen entre as duas espécies de atos é importantíssimo, porquanto preside uma fundamental bipartição de regimes.

h) Quanto à situação de terceiros

81. (1) Atos *internos* – os que produzem seus efeitos apenas no interior da Administração. Exemplo: propostas, pareceres, informações etc.

(2) Atos *externos* – os que produzem efeitos sobre terceiros. Exemplo: admissão, licença etc.

i) Quanto à composição da vontade produtora do ato

82. (1) Atos *simples* – os que são produzidos pela declaração jurídica de um único órgão. Exemplo: uma licença de habilitação para dirigir automóvel.

Os atos simples podem ser simples *singulares* e simples *colegiais*.

No primeiro caso a vontade expressada no ato provém de uma só autoridade, como é corrente.

No segundo caso provém do concurso de várias vontades unificadas de um mesmo órgão no exercício de uma mesma função jurídica e cujo resultado final substancia-se na declaração do órgão colegial. É o caso das decisões de Comissões, Conselhos etc.

55. V., a respeito da interferência da vontade do particular nas relações administrativas, Michel Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, Atenas, Librairie du Recueil Sirey, 1954, pp. 57-62.

(2) Atos *complexos* – os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes. Exemplo: a nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista tríplice elaborada por outro órgão.

j) Quanto à formação do ato

83. (1) Atos *unilaterais* – os que são formados pela declaração jurídica de uma só parte. Exemplo: demissão de um funcionário, multas, autorizações etc.

Não afeta a unilateralidade a circunstância, muito frequente, de o ato depender, para sua produção ou para seus efeitos, do concurso da vontade do particular, seja solicitando-lhe a prática, seja aceitando seus efeitos. Exemplo: um pedido de alvará de *licença* para edificar ou de *autorização* para porte de arma ou de aceitação da *outorga* de um prêmio, de uma comenda etc.

(2) Atos *bilaterais* – os que são formados por um acordo de vontades entre partes. São os atos convencionais. Exemplo: um contrato, uma concessão de serviço público (que são atos administrativos em sentido amplo).

k) Quanto à natureza das situações jurídicas que criam

84. Trata-se de classificação dos atos jurídicos em geral, proposta por Duguit,[56] e acompanhada no fundamental por Bonnard,[57] Jèze, Laubadère, entre muitos outros. No Brasil é defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.[58]

É classificação de enorme relevo para o Direito Administrativo. De acordo com ela, os atos distinguem-se em:

(1) *Atos-regra* – os que criam situações gerais, abstratas e impessoais e por isso mesmo a qualquer tempo modificáveis pela vontade de quem os produziu, sem que se possa opor direito adquirido à persistência destas regras. Exemplo: o regulamento.

56. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, Paris, Librairie Fontemoing, 1925, especialmente pp. 252-268.

57. *Précis de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1935, pp. 31-33.

58. *Princípios Gerais* ..., cit., pp. 394-401.

(2) *Atos subjetivos* – os que criam situações particulares, concretas e pessoais, produzidas quanto à formação e efeitos pela vontade das partes, sendo imodificáveis pela vontade de uma só delas e gerando, então, direitos assegurados à persistência do que dispuseram. Exemplo: o contrato.

(3) *Atos-condição* – os que alguém pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, pelo quê sujeitam-se às eventuais alterações unilaterais delas. Exemplo: o ato de aceitação de cargo público; o acordo na concessão de serviço público.

l) Quanto à posição jurídica da Administração

85. Costumava-se mencionar, no passado, a distinção entre:

(1) Atos de *império* – os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade. Exemplo: a ordem de interdição de um estabelecimento.

(2) Atos de *gestão* – os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes. Exemplo: venda de um bem; os relativos à gestão de um serviço público.

Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado.

Hoje, com certa similaridade, porém maior precisão, fala-se em atos de *Direito Privado* praticados pela Administração e atos *regidos pelo Direito Público*. É lógico, todavia, que não se atribuem as consequências dantes cogitadas quanto à exclusão de responsabilidade estatal. Alguns, como Gordillo,[59] sob o correto fundamento de que os primeiros regem-se pelo Direito Administrativo quanto às condi-

59. Ob. cit., pp. 67 e ss.

ções de produção, controle e vícios, os incluem entre os atos administrativos. Outros, como nós mesmos, rejeitam esta inclusão, sob fundamento de que o *conteúdo* e os *efeitos do ato* são regulados pelo Direito Privado. É a posição, dentre muitos, de Cassagne[60] e Julio Pratt.[61]

XI. Vinculação e discricionariedade

86. Umas das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e "discricionários". Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como "atos praticados no exercício de competência discricionária". Com efeito, a dicção "ato discricionário", só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer "ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discrição" e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.

O tema da discricionariedade será melhor estudado no Capítulo XIX, "Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial"; mas, de qualquer modo, é indispensável que sejam, desde já, veiculadas noções esclarecedoras sobre esta relevantíssima questão.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos "discricionários", pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao admi-

60. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pp. 121 e ss.
61. *Derecho Administrativo*, t. III, vol. II, Acali Editorial, 1978, pp. 18 e 19.

nistrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

87. Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fim* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto.

Contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileiras e majoritariamente fora do Brasil, entendemos, pelo contrário, que pode haver certa discricionariedade quanto ao fim. Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em *certa medida*, de uma apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*. Preferimos dizer que o fim é *sempre vinculante* (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário.

Não é assim, todavia, reafirme-se, que a doutrina e a jurisprudência nacionais, seguindo os passos da doutrina e jurisprudência estrangeiras, consideram a matéria.

88. Seria exemplo de ato vinculado a aposentadoria compulsória de funcionário aos 70 anos de idade. Como se nota, a Administração não tem, no caso, liberdade alguma com relação à prática de tal ato. Se o funcionário completou 70 anos – situação de objetividade absoluta, insuscetível de qualquer dúvida ou apreciação subjetiva –, o Poder Público está *obrigado* a aposentar o funcionário. Isto é, a lei já previu antecipadamente com rigor incontroversível tanto a situação de fato que dá margem ao ato quanto o conteúdo do ato, que só

pode ser no sentido de aposentar. Outro exemplo: se o funcionário, homem, com 60 anos de idade, 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 no cargo, completa 35 anos de contribuição e requer aposentadoria, o Estado não pode negá-la. Não lhe cabe examinar nada do ponto de vista do que seria ou não oportuno. Cumpre-lhe apenas proceder à objetiva averiguação da ocorrência do tempo necessário previsto na lei, feito o quê, diante do pedido do funcionário, não pode senão ter um comportamento: deferir a aposentadoria. Igualmente, a *licença* para edificar ilustra a hipótese. A lei prevê os requisitos objetivos que alguém deve preencher se desejar construir em dado imóvel. Desde que o particular deseje e apresente planta obediente aos requisitos legais, solicitando alvará de licença para edificação, a Administração só pode deferir o pedido. Se não o fizer, terá descumprido a lei e praticado ato ilegítimo suscetível de correção judicial.

89. A situação é bastante diversa quando a lei deixa ao Poder Público certa margem de discricionariedade por ocasião da prática do ato. Assim, considere-se o caso da autorização do porte de arma. Se o particular o solicita, a Administração deferirá ou não, posto que a lei não a constrange à prática do ato, dado que faculta ao Poder Público examinar no caso concreto se convém ou não atender ao pretendido pelo interessado. Vejamos outra hipótese: quando a lei estabelece a possibilidade de a Administração aplicar multas a infratores de normas administrativas, admitindo que devam variar entre o mínimo e o máximo preestabelecidos em função da *gravidade* da conduta, é óbvio que haverá, inevitavelmente, certa margem de *apreciação subjetiva* quanto ao teor de gravidade dela, embora dentro de certos limites de razoabilidade. Existirá, pois, no interior deles, alguma "liberdade" de apreciação exercitável pelas autoridades públicas.

90. Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e *pode ser definida como*: "A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal".

91. Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em

consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

92. Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e *opções* discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste *juízo* ou desta *opção*.

93. A lei, ao regular certas situações, pode deixar margem de liberdade de apreciação para a Administração quanto: a) ao momento da prática do ato; b) à forma do ato; c) ao motivo do ato; d) à finalidade do ato; e) ao conteúdo do ato.

O grau de discricionariedade administrativa é crescente quando se caminha da primeira para a última hipótese. Além do mais, a liberdade relativa eventualmente fruível pelo administrador pode se referir a um, a vários ou a todos os aspectos mencionados, dependendo da disciplina legal. Em função disto, a discricionariedade será maior ou menor.

As indicações até agora feitas pretenderam enfocar com alguma simplicidade o problema da discricionariedade, a fim de torná-la inteligível sem dificuldades maiores e de acordo com as opiniões mais comuns exaradas sobre o tema, com ressalva da questão pertinente a certa margem de discricionariedade quanto ao fim, em que manifestamos opinião discrepante da doutrina amplamente prevalente.

94. Um exame mais rigoroso da matéria, entretanto, vai revelar que toda a questão da discricionariedade está estreita e indissoluvelmente ligada a dois tópicos; a saber:

(1) *Ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade*. Dentro desta linha de raciocínio dever-se-á dizer que as normas jurídicas se constituem em uma disciplina da conduta humana mediante a qual, a fim de atingir certas finalidades, são *facultados* ou *exigidos* certos comportamentos dos sujeitos de

direito. Em vista disto, a lei prevê certos acontecimentos que, descritos *com objetividade total* ou *sem* objetividade total, uma vez sucedidos, constituem os agentes na *faculdade* ou na *obrigação* de agir, ora especificando qual o comportamento facultado ou obrigado, ora não especificando exatamente o conteúdo deste comportamento, o qual deve sempre se orientar para uma finalidade também ela enunciada (ou subentendida) mediante conceitos padecentes de certa fluidez, certa indeterminação.

Na vinculação, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é de uma *objetividade absoluta* (por exemplo: "ao funcionário que tiver 35 anos de contribuição e 60 anos de idade e requerer aposentadoria ...") e o comportamento, além de ser *exigido* ("... a Administração deverá ..."), é exatamente *especificado* ("... conceder a aposentadoria pretendida").

95. Na discricionariedade, pelo contrário, a norma reguladora carece desta precisão porque:

a) ou *não descreve* antecipadamente a *situação* em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo (por exemplo: suponha-se uma norma nestes termos: "O Presidente da República poderá mudar a Capital do país". Não há indicação do pressuposto, isto é, do motivo, da situação que autoriza a prática do ato);

b) ou a situação é *descrita* por palavras que recobrem *conceitos vagos*, dotados de *certa imprecisão* e por isso mesmo irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável (por exemplo: suponha-se uma norma nestes termos: "Os que se comportarem de modo *indecoroso* deverão ser expulsos do cinema" – o pressuposto *comportamento indecoroso* ressente-se de alguma fluidez);

c) ou, independentemente de haver previsão da situação (contemplada mediante conceito preciso ou impreciso), a norma confere no próprio mandamento uma *liberdade decisória*, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, *ao invés de um dever de praticar um ato específico*. Neste caso, ela poderá haver outorgado certa liberdade ao administrador para não praticar o ato ou praticá-lo num outro sentido (por exemplo: suponha-se norma nestes termos: "A Administração poderá, a requerimento do interessado, converter em pecúnia a licença-prêmio a que o funcionário faça jus", ou ainda: "A Administração poderá conceder um prêmio de R$ 5.000,00 a quem haja preenchido tais e tais condições"). Finalmente, registre-se

que, nos casos em que o pressuposto *não seja enunciado pela lei ou, havendo sido, sua descrição recubra conceito vago ou impreciso*, a caracterização do motivo autorizador do ato *dependerá de seu ajustamento à finalidade legal* (com efeito: toda norma administrativa visa a alcançar um interesse público, uma formalidade pública);

d) finalmente, o objetivo legal costuma ser descrito de forma apenas genérica (o "interesse público") ou, em sendo *específica* ("moralidade pública, salubridade pública, ordem pública", por exemplo), contempla conceito padecente de certa imprecisão, certa indeterminação objetiva, como nos exemplos aludidos. Esta imprecisão refluirá sobre o próprio motivo. Pense-se no exemplo já aventado: a Administração deverá expulsar dos locais de espetáculo público os espectadores *que se portem indecorosamente*, a fim de proteger a *moralidade pública*. Como saber o que é ou não indecoroso? Depende da noção que se tenha da moralidade pública. Ora, como esta é conceito dotado de certa elasticidade, sua imprecisão é que irá tornar fluida a noção de ato indecoroso.

96. (2) O segundo tópico respeita ao *exame do caso concreto*, pois a existência de norma ensanchadora de liberdade administrativa *não é o bastante para concluir-se que exista discrição na prática de um determinado ato. É requisito indispensável; não porém suficiente*. Com efeito, desde logo, quando a lei se vale de conceitos vagos, fluidos, imprecisos ("gravidade" de uma infração, ofensa à "moralidade" pública, situação "urgente", passeata "tumultuosa" etc.), dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos *duvidosos*, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie.

Assim como a dúvida pode se instaurar procedentemente, em inúmeras situações – quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal, do administrador –, em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento ou então sobre o cabimento da qualificação. Ou seja: será óbvio que dada infração não é "grave", que não houve ofensa à "moralidade", que inexiste "urgência", que inocorre "tumulto", ou, opostamente, estarão evidentes a gravidade, a moralidade, a urgência, o tumulto etc. Aí, então, não haverá discricionariedade alguma para o administrador. Em suma: a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais.

É que mesmo estes conceitos chamados "fluidos" possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma *zona de certeza positiva*, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma *zona circundante*, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma *zona de certeza negativa*, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.

97. Por outro lado, a "liberdade" que a norma haja conferido em seu mandamento ao administrador, quando lhe abre alternativas de conduta (agir ou não agir, conceder ou negar, praticar o ato "A" ou o ato "B"), não lhe é outorgada em seu proveito ou para que faça dela o uso que bem entenda. Tal liberdade representa apenas o reconhecimento de que a Administração, que é quem se defronta com a variedade uniforme de situações da vida real, está em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado interesse público, em função da compostura destas mesmas situações. Por isso, a lei, não podendo antecipar qual seria a medida excelente para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga de discrição, de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto *no caso concreto* a atender com perfeição à finalidade da norma.

98. Assim, a discricionariedade existe, por definição, *única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discrição, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discrição.

Com efeito, considerada cada situação com sua fisionomia e coloração específicas, poder-se-á, *algumas vezes*, verificar que a satisfação de finalidade normativa reclamaria, *para além de qualquer dúvida possível*, unicamente o ato "A" e não o ato "B"; o deferimento de cada pretensão e não seu indeferimento, ou vice-versa. Vale dizer: haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato – e não outro – aten-

deria à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipóteses deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido a finalidade legal. Por isso, não lhe aproveitará invocar a *norma* atributiva de discrição, pois, consoante se disse, a discrição na regra de Direito é condição necessária mas não suficiente para configurá-la quando da prática do ato. A discricionariedade do *ato* só existe *in concreto*, ou seja, perante o quadro da realidade fática com suas feições polifacéticas, pois foi em função disto que a lei se compôs de maneira a obrigá-la.

Assim, é óbvio que o Poder Judiciário, a instâncias da parte, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, pois nestes casos *não há realmente discrição*, mas vinculação, ou *a discrição não se estende até onde se pretendeu que exista*, já que – repita-se – discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista *perante o caso concreto*. Discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discrição em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.

Discricionariedade técnica

98-A. A expressão *discricionariedade técnica* é uma expressão equívoca, visto que, por vezes, é usada em dois sentidos diferentes.

Um, para designar situações em que a lei pressupõe que a conduta administrativa a ser adotada depende de uma averiguação técnica passível de um resultado *conclusivo*, o qual é o consequente de um exame que a Administração teve de efetuar como condição para decidir-se. Assim, se a lei estabelece que *devem* ser abatidos os animais portadores de febre aftosa, ou erradicadas as plantas contaminadas pelo chamado cancro cítrico – para referirmos exemplos colacionados pelo Prof. O. A. Bandeira de Mello – a decisão do abate ou da erradicação vegetal consequente terá de ser precedida por uma averiguação técnica e seu resultado indicará conclusivamente se ocorre ou não o pressuposto normativo *exigente* de dada conduta. *Não há aí discricionariedade alguma*, como adverte o referido mestre.[62] Assim, o uso da expressão *discricionariedade técnica* em tal caso é manifestamente inadequado.

62. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, n. 47.6, p. 489.

Sem embargo, a expressão *discricionariedade técnica*, outras vezes, também é usada para referir situação muito distinta, qual seja: aquela em que, embora o ato a ser praticado pela Administração também pressuponha uma averiguação técnica, a lei regente da matéria confere à Administração o dever de ajuizar sobre se a ocorrência do fato nela referido, e como tal reconhecido em decorrência da averiguação técnica, tem, ou não, nível de importância ou gravidade que requeira uma só conduta. Em tal caso, se a lei abre ao administrador a possibilidade de efetuar alguma contemporização, alguma tolerância, sem que, por isto, haja, no caso concreto, comprometimento do interesse público *há, aí sim, uma discricionariedade mesclada com aspectos técnicos*. Idem, se esta faculdade aberta pela lei é feita, eventualmente, para fins de proceder à conciliação com algum outro interesse público que seria afetado e/ou se abre a possibilidade de ensejar a adoção simplesmente de alguma providência acauteladora dos bens jurídicos a serem defendidos. Disse o precitado O. A. Bandeira de Mello, com sua habitual proficiência: "em certas hipóteses o critério técnico fica efetivamente ligado ao administrativo, absorvido por este, de modo que se aprecia em função dele. Assim, as condições de segurança e higiene de construção, apesar de não satisfatórias tecnicamente, podem ser toleradas, segundo a conveniência e a oportunidade administrativas, porque, se não atendem às condições de perfeição, têm um mínimo de suficiência de segurança e higiene, em se realizando tais ou quais providências de adaptação".[63]

Como se vê, nestas últimas hipóteses, conquanto esteja em causa igualmente a apreciação de aspectos técnicos, a lei abre alternativa ou alternativas para o comportamento da Administração, o que é, exatamente, a essência da discricionariedade: possibilidade que dimana da lei para a eleição de uma entre duas ou mais condutas em vista de realizar, do modo mais satisfatório possível, o interesse público no caso concreto.

XII. Atos administrativos "in specie"

Em função do conteúdo

99. Dentre os atos administrativos, algumas das figuras tipológicas mais comuns são a admissão, a concessão, a permissão, a auto-

63. Ob. cit., pp. 488-489.

rização, a aprovação, a licença e a homologação. Convém, pois, enunciar sintética definição de cada uma destas figuras:

a) *Admissão* – é o ato unilateral pelo qual a Administração *vinculadamente* faculta a alguém a inclusão em estabelecimento governamental para o gozo de um serviço público. Assim, a utilização de um serviço hospitalar pelo correspondente internamento, o ingresso em estabelecimento oficial de ensino na qualidade de aluno, o desfrute dos serviços de uma biblioteca pública como inscrito entre seus usuários, são formas de gozo de serviço público que dependem do ato de admissão, o qual não pode ser negado aos que preencherem as condições normativas requeridas para seu desfrute. *Usa-se, ainda, esta expressão* para designar o ato administrativo pelo qual o Estado efetua a investidura precária de alguém entre seus servidores públicos, na qualidade de extranumerário, portanto, sem provimento de cargo público, o que, entretanto, não pode ocorrer em face da Constituição.

b) *Concessão* – é designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém. Daí a existência de subespécies. Por isso, fala-se em concessão de cidadania, de comenda, de prêmio, de exploração de jazida, de construção de obra pública, de prestação de serviço público etc. É manifestamente inconveniente reunir sob tal nome tão variada gama de atos profundamente distintos quanto à estrutura e regimes jurídicos. Assim, *v.g.*, a concessão de serviço público e a de obra pública são atos bilaterais; já, as de prêmio ou de cidadania são unilaterais.

c) *Permissão* – é o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público. No primeiro caso serve de exemplo a permissão para desempenho do serviço de transporte coletivo, facultada precariamente por esta via, ao invés de outorgada pelo ato convencional denominado concessão. Exemplo da segunda hipótese tem-se no ato de facultar a instalação de banca de jornais em logradouro público, ou de quiosque para venda de produtos de tabacaria etc.

As permissões de serviço público, por força do art. 175 da Constituição, devem ser sempre precedidas de licitação; portanto, são atos vinculados. As permissões de uso de bem público, em princípio, também deverão ser antecedidas do mesmo procedimento, como regra, vinculadas, conquanto não se possa descartar alguma hipótese de permissão que, pela índole do uso pretendido ou de sua extrema brevidade, comporte outorga discricionária.

d) *Autorização* – é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização para exploração de jazida mineral.

e) *Aprovação* – é o ato unilateral pelo qual a Administração, *discricionariamente*, faculta a prática de ato jurídico ou manifesta sua concordância com ato jurídico já praticado, a fim de lhe dar eficácia. De conseguinte, admite, conforme exposto, dupla modalidade, a saber: aprovação prévia, quando aprecia a conveniência e oportunidade relativas a ato ainda não editado, liberando sua prática; aprovação *a posteriori*, quando manifesta concordância discricionária com ato praticado e dela dependente a fim de se tornar eficaz. A aprovação prévia é menos comum.

f) *Licença* – é o ato *vinculado*, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. A licença para edificar, que depende do competente alvará, exemplifica a hipótese. A licença de importação ou a de exercício de atividade profissional são outros tantos exemplos. Uma vez cumpridas as exigências legais, a Administração não pode negá-la. Daí seu caráter *vinculado*, *distinguindo-se, assim, da autorização*.

g) *Homologação* – é o ato vinculado pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a consonância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão. Percebe-se que se diferencia da aprovação *a posteriori* em que *a aprovação envolve apreciação discricionária ao passo que a homologação é plenamente vinculada*.

h) *Parecer* – é a manifestação opinativa de um órgão consultivo em que este expende sua apreciação sobre o que lhe é submetido. Tratando-se de ato muito comum no exercício da atividade jurídica do Estado, convém tratá-lo com alguma delonga.

99-A. Os pareceres se alocam entre os atos qualificáveis como pertinentes à administração consultiva, ainda que aqueles denominados "vinculantes", espécie da mais extrema raridade e adiante referidos, devessem, segundo a opinião de alguns autores, ser excluídos do gênero *parecer*, conforme registra Giulio Getthi.[64] A finalidade

64. *La Consulenza Amministrativa*, Pádua, CEDAM, 1974, p. 236, nota 16. Esclarece o autor que deste teor são os pronunciamentos de Donati e Borsi, o primeiro por assimilá-los a autorizações, o que os inclui no campo da administração ativa;

dos pareceres "é a de iluminar e aconselhar o órgão da administração ativa", como disse Pietro Virga.[65]

Os pareceres podem ser divididos em *pareceres técnicos* e *pareceres administrativos*. Os primeiros (pareceres técnicos) trazem informações e esclarecimentos *da alçada de especialistas*. Envolvem noções *apropriáveis mediante conhecimentos científicos* ou de uma técnica refinada. Valem, como exemplo, os pareceres técnico-jurídicos, ou da área médica ou da engenharia. No dizer de Hely Lopes Meirelles, que colaciona neste mesmo sentido acórdão do STF, in *RDA* 80/136: "Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contestado por leigo, ou mesmo por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica".[66] Os segundos (pareceres administrativos) correspondem a um aconselhamento – por certo, também baseado em avaliações emitidas por sujeitos qualificados – mas que envolve conhecimentos e apreciações formuláveis segundo critérios nos quais o que prepondera é uma *política administrativa*.

Administrar é uma atividade complexa que tem interseções com todos os campos do conhecimento, resultando disto, como observou Yves Weber, ser-lhe necessário acostar-se em múltiplas técnicas atinentes a estes diversos setores. Conforme ressaltou: "entre esta diversidade de técnicas solicitadas, uma transcende a todas, a *técnica jurídica*".[67] Com efeito, dada a importância primacial do princípio da legalidade administrativa, é corriqueiro que o administrador público se veja, rotineiramente, a braços com a necessidade de esclarecimento sobre a viabilidade ou mesmo sobre a obrigatoriedade jurídica de certas condutas que poderá ou deverá tomar, o que o colocará na contingência de esclarecer-se mediante pareceres técnico-jurídicos. No caso de tais pareceres, é evidente que o administrador, terá como arrimo – e inquestionável para ele – aquilo que lhe haja sido elucidado pela manifestação jurídica (ainda que o administrador fosse alguém com formação nesta mesma área e com muito maior razão, do ponto de vista fático, se sua formação profissional for em

o segundo por considerar que são atos complexos de complexidade desigual, enquanto Forti e Navarra, os ubicam na esfera da administração de controle.

65. *Diritto Amministrativo*, 4ª ed. atualizada, vol. 2, Milão, Giuffrè, 1997, pp. 28-29.

66. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 198.

67. *La Administration Consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 16 (grifo nosso).

área diversa, qual a de médico, engenheiro, economista, agrônomo ou qualquer outra).

Note-se que *não se está a dizer* que o parecer necessariamente lhe vinculará a conduta. Esta é outra questão. Os pareceres costumam ser classificados em (a) facultativos; (b) obrigatórios e (c) vinculantes.[68] *Facultativos*, são os que a autoridade pode solicitar, mas não está obrigada a demandá-los; *obrigatórios* são aqueles que a autoridade está juridicamente adstrita a solicitar antes de decidir, mas, tanto quanto em relação aos anteriores, não está obrigada a seguir; *vinculantes* são aqueles que a autoridade não apenas deve pedir, mas estará obrigada a seguir. Segue-se que, no caso dos pareceres obrigatórios, e, assim, pois, dos técnico-jurídicos desta tipologia, se não for solicitado o parecer, o ato decisório será, *ipso facto*, inválido. No caso dos vinculantes, sê-lo-á tanto na hipótese de não ser solicitado, quanto na de ser praticado ato decisório em desconformidade com ele.

Se vier a ser considerado *inválido o ato* praticado em *desconformidade com parecer técnico* (e cujo vício se relacione com questão ou aspecto objeto da manifestação do parecer) caberá responsabilização do agente que expediu o ato decisório, pois, em tal caso, ficará evidenciado que agiu (pelo menos) com culpa, porquanto terá desatendido conclusões em relação às quais não tinha habilitação *técnico-funcional* para contender com conhecimento de causa (mesmo que, de fato, dispusesse de conhecimentos naquela área).

Se, diversamente, houver atuado na conformidade do parecer técnico, entendemos fora de dúvida que, com a ressalva feita a seguir, *descaberá responsabilizar o agente*. É que, em tal caso, seu comportamento terá sido estribado em conclusões a respeito das quais não tinha, *funcionalmente* ou, muitas vezes, sequer de fato, conhecimento de causa para decidir, e que foram fornecidas por quem as possuía. Logo, não se poderá derivar diretamente daí *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*, vale dizer *culpa*. Ora, como é notório, a responsabilidade civil dos agentes públicos só tem lugar

68. Cf., ao respeito, entre tantos, além dos autores já citados, no Brasil, Maria Sylvia Zanella Di Pietro – chamando à colação lições de O. A. Bandeira de Mello –, *Direito Administrativo*, 6ª ed., Atlas, 1996, p. 191. No exterior: Manoel María Diez, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, p. 45; Ugo Forti, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Nápoles, Eugenio Jovene, 1937, pp. 124 e ss.; entre os mais recentes: Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, reimpr. atualizada da 2ª ed., Pádua, CEDAM, 1996, pp. 413 e ss.; Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2ª ed. revista e ampliada, Turim, Giappichelli, 1997, pp. 446 e ss.

nos casos de dolo ou culpa, o que, aliás, tradicionalmente se estampa até mesmo em nossas Constituições (hoje, residindo no art. 37, § 6º, da Lei Magna).

Entretanto, é fundamental assinalar que o pressuposto do que se vem de dizer, é o de que a autoridade administrativa não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Donde: se este ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado *ad nutum*, é claro que não desfrutará da independência necessária para o opinamento técnico-jurídico. Em tal caso, seu parecer não respaldará a conduta do agente. Logo, este último, como observa a precitada Carolina Zancaner Zockun, será responsável pelo ato, ainda que praticado na conformidade do parecer, porque buscou um apoio cujo conforto poderia ser por ele manipulado e não raro, deveras, o é.

Aliás, embora frequentemente ocupantes de cargo em comissão ou de funções de confiança emitam pareceres jurídicos, isto não pode ser juridicamente admitido, pois, como alerta Maurício Zockun, o art. 132 da CF é explícito em dizer que a representação judicial e a consultoria jurídica da União e dos Estados cabe aos membros da carreira de procurador. Há de se entender que está referido a cargos e cargos efetivos de tal carreira. A Lei Magna é silente em relação aos procuradores municipais, porém, a teor de procedente comentário do citado publicista, não é excessivo entender que também a eles deve ser aplicado. Deveras, como resulta do brocardo jurídico latino, "ubi idem ratio ibi eadem legis dispositio" (onde existir a mesma razão, aí se aplicará a mesma regra legal).

Aliás, como bem o sabe quem tem algum conhecimento das mazelas estatais, a praga do serviço público, a fonte de boa parte da corrupção administrativa, reside justamente nesta espécie de cargos ou de funções, que – repita-se enfaticamente o que já se disse no capítulo V (notas de rodapé aos ns. 13 e 79) – deveriam ser reduzidos a um mínimo possível e, para diminuir os escândalos na Administração, excluídos da possibilidade de exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham.

Vistas as implicações do parecer para o agente da administração ativa, vejamos quais são elas para quem emitiu tal ato. Cabe responsabilização do parecerista – e é obrigatória quando o ato haja sido praticado com base nele – sempre que haja incorrido em *imperícia* ou eventualmente em *imprudência, negligência* ou *dolo*. Em suma, a ilegalidade consistirá precisamente na culpa ou dolo com que te-

nha agido o parecerista ao emitir seu juízo. Cumpre que o parecer seja tecnicamente categorizável como *positivamente errôneo, intolerável,* por estampar manifestação expressiva de visível despreparo profissional, isto é *imperícia*, ou *negligência* em relação aos deveres a que estava obrigado no exame da questão ou *imprudência*, vale dizer, afoiteza incompatível com o zelo e cautela requeridos ou, finalmente, e pior que tudo, *dolo*, malícia, intenção deliberada de fraudar as conclusões que a ciência ou a técnica iniludivelmente impunham no caso. O ato *decisório* atacado pode, pois, ser considerado vicioso *sem que por isto esteja comprometida a rigidez jurídica de parecer que o estribou*, ainda que as conclusões dele sejam, a final, infirmadas em juízo, *dada a natural divergência de opiniões em questões passíveis de controvérsia razoável*. Nisto se demonstra a autonomia da ilegalidade do parecer e da ilegalidade do subsequente ato objeto da contenda, a requererem, pois, demonstrações *autônomas*.

Cumpre observar que a terminologia com que os atos administrativos são rotulados é muito incerta, inexistindo concordância total entre os autores com respeito à identificação exata do ato tal ou qual debaixo de uma designação uniforme. O mesmo se passa na legislação, que, frequentemente, utiliza acriticamente as expressões mencionadas, sem distinguir ou selecionar com rigor uma dada designação constante para uma determinada espécie de ato. As indicações feitas acima procuram manter-se afinadas com a terminologia mais comum e que só pouco a pouco vai se firmando. Na conceituação de várias figuras seguimos as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[69] que nos parecem as mais precisas e claras.

Aliás, as lições deste mestre norteiam claramente boa parte do presente capítulo.

Como formas de manifestação de outros atos

100. Além dos atos relacionados em função do *conteúdo* deles, é útil mencionar certos atos, também frequentes, que são *formas* por via das quais a Administração manifesta outros atos. Isto é: ouvimos referir com frequência "decretos", "portarias", "alvarás", "instruções", "avisos", "circulares", "resoluções" etc. Tais denominações referem-se a "fórmulas", isto é, a *meios* pelos quais a Administração

69. *Princípios Gerais* ..., cit., pp. 550 a 569.

exterioriza sua vontade. Tais atos não são, em si mesmos, substâncias, conteúdos, mas continentes. São veículos de expedição de atos. Entretanto, as denominações referidas não são utilizadas indistintamente, ou seja, reportam-se a certas qualificações que permitem discerni-los. Vejamos cada uma delas:

a) *Decreto* – é fórmula pela qual o Chefe do Poder Executivo (federal, estadual, distrital e municipal) expede atos de sua competência *privativa* (art. 84 da Constituição). Assim, por meio de decreto são expedidas quer normas gerais, como os *regulamentos*, quer normas individuais, isto é, atos concretos, da alçada dos Chefes de Executivo. Então, por via de decreto, expede-se tanto o "Regulamento do Imposto de Renda", ato normativo, quanto uma "declaração de utilidade pública de um bem para fins de desapropriação" ou a "nomeação" ou a "demissão" de um funcionário público.

b) *Portaria* – é fórmula pela qual autoridades de *nível inferior* ao de Chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comandos que forem, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lhes são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Como se vê, trata-se de ato formal de conteúdo muito fluido e amplo.

c) *Alvará* – é fórmula utilizada para expedição de autorizações e licenças.

d) *Instrução* – é fórmula de expedição de normas gerais de orientação interna das repartições, emanadas de seus chefes, a fim de prescreverem o modo pelo qual seus subordinados deverão dar andamento aos seus serviços.

e) *Aviso* – é fórmula que foi utilizada ao tempo do Império pelos Ministros de Estado para prescrever orientação dos órgãos subordinados, tendo neste caso o mesmo caráter das instruções atuais, ou ainda como instrumento de comunicação a autoridade de alto escalão. Hoje tem utilização restrita. Praticamente, é usado quase que só nos Ministérios militares.

f) *Circular* – é fórmula pela qual autoridades superiores transmitem ordens uniformes a funcionários subordinados. *Não veicula regras de caráter abstrato como as instruções*, mas concreto, ainda que geral, por abranger uma categoria de subalternos encarregados de determinadas atividades.

g) *Ordem de serviço* – é fórmula usada para transmitir determinação aos subordinados quanto à maneira de conduzir determinado serviço. Ao invés desta fórmula, as ordens por vezes são veiculadas por via de circular.

h) *Resolução* – é fórmula pela qual se exprimem as deliberações dos órgãos colegiais.

i) *Parecer* – é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido.

j) *Ofício* – é a fórmula pela qual os agentes administrativos se comunicam formalmente. São, por assim dizer, as "cartas" oficiais. Por meio delas expedem-se convites, agradecimentos e encaminham-se papéis, documentos e informações em geral.

Finalmente, mencione-se o "despacho", que, sem ser uma fórmula, propriamente, é a denominação utilizada para referir *decisões finais* ou *interlocutórias* das autoridades em matérias que sejam submetidas à sua apreciação.

101. Comparando-se estas várias fórmulas verifica-se que: o decreto aparta-se de qualquer outra, por ser fórmula privativa dos atos de Chefes de Executivo no exercício de suas competências específicas. A instrução distancia-se da circular e da ordem de serviço porque, ao contrário destas últimas, veicula regras abstratas. A circular e a ordem de serviço servem para expedição de regras concretas, embora gerais, e correspondem a fórmulas utilizadas alternativamente. O aviso funciona, às vezes, como ofício entre autoridades de alto escalão, enquanto em outros casos equivale às instruções. A portaria tem alcance muito impreciso e, bem por isso, por meio dela são expedidas ora regras gerais e abstratas, ora decisões concretas e individuais, motivo por que em certos casos desempenha função equivalente à das instruções e das ordens de serviços e circulares. Em outras hipóteses, contudo, veicula atos que não se expressariam por estas fórmulas, como é o caso das aberturas de inquéritos, sindicância ou processo administrativo. As demais figuras mencionadas são perfeitamente distintas e inconfundíveis com quaisquer outras (resoluções, alvarás, pareceres e ofícios).

Como se percebe da conceituação das várias fórmulas, nem todas possuem significação precisa, posto que os autores, refletindo o uso variado delas por parte das autoridades administrativas, não lhes atribuem campo de abrangência uniforme. A enunciação feita pretende apenas recolher o sentido mais comum das expressões mencionadas.

101-A. Nos últimos anos, possivelmente por influência de economistas e/ou administradores, em nossa legislação têm surgido termos, expressões, que ingressam no universo jurídico como se fossem designativos de alguma realidade do Direito, isto é, como se estivessem a batizar algo com identidade unitária própria em face do Direito, quando, na verdade, estão a rotular situações que podem ser havidas como similares apenas em face da Ciência da Administração. Diante do Direito, contudo, são distintas, seja em sua estrutura, seja no regime jurídico a que se submetem. Sem embargo, por se tratar de um mesmo nome utilizado, frequentemente e com desenvoltura em várias leis, pode causar confusão nos operadores do Direito. Uma destas expressões é o chamado *credenciamento*.

Convém, pois, fazer alguns esclarecimentos a este propósito. Para tanto, tomaremos por base, artigo produzido por Adilson Dallari (publicado na *Revista Eletrônica do Direito do Estado – REDE*, n. 5, janeiro-março/2006) e exposição feita pela Profa. Weida Zancaner no XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (realizado em outubro de 2008, em Brasília). A referida administrativista arrola, exemplificativamente, diferentes situações designadas como "credenciamento" – tais, o credenciamento de estagiários em uma Procuradoria de Estado, o credenciamento de médicos e clínicas para atendimento na área da Saúde, o credenciamento de tradutores públicos para prestação da atividade de tradutor juramentado, o credenciamento de empresas para averiguação técnica da situação de veículos pelo DETRAN etc.

Assim, como esclarece a autora, credenciamento *é um termo vago* pelo qual se *designam diferentes atos administrativos ampliativos da esfera jurídica dos particulares*, pelos quais ora se habilita alguém à prática de ato de ofício público (caso do tradutor juramentado) ora à prestação de serviço público (caso do médico credenciado) ou de serviço social (credenciamento de Universidade) ora à prática de ato material preparatório da prática de ato de polícia (credenciamento de empresa para aferir o bom ou mau estado de um veículo automotor) ora à designação para auxiliar, na condição de aprendiz, trabalhos jurídicos estatais.

Adilson Dallari, em seu valiosíssimo estudo, no qual também apresenta variado exemplário de hipóteses de credenciamento, o conceitua como "o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter

instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé" (ob. cit., p. 15).

XIII. Procedimento (ou processo) administrativo

102. "É uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo."

Com efeito, ao desempenhar suas atividades administrativas, o Poder Público frequentemente não obtém o resultado pretendido senão mediante uma sequência de atos ordenados em sucessão. Daí a figura do procedimento administrativo, isto é, a noção de procedimento administrativo, que, justamente, reporta-se a estas hipóteses em que os resultados pretendidos são alcançados por via de um conjunto de atos encadeados em sucessão itinerária até desembocarem no ato final.

Exemplos de procedimentos administrativos são os concursos para provimento de cargo público ou as licitações para alienação de bens ou aquisição de bens ou serviços.

Assim, a nomeação de um funcionário efetivo é a conclusão de um conjunto de atos ordenados em sequência e que precedem necessariamente o ato final de provimento. Com efeito: a primeira providência, a dizer, o primeiro ato necessário, é a abertura de concurso para a publicação dos editais. Depois disso, há a fase de recebimento das inscrições, em que alguns – os que preenchem as condições previstas no edital como indispensáveis para concorrer – são admitidos e outros liminarmente excluídos. Desta decisão cabem recursos, donde os atos decisórios pertinentes a eles. Vencida esta etapa, realizam-se as provas e correspondente atribuição de notas, das quais, aliás, também cabem recursos e correlatas decisões. Afinal, há a classificação dos candidatos e, por último, as nomeações dos habilitados, segundo a ordem das respectivas classificações.

Um segundo exemplo: se o Estado deseja adquirir bens, contratar obras ou serviços, deve realizar uma licitação. Para tanto, publicará editais prefixando as condições de disputa do certame e especificando o objeto, isto é, o bem pretendido pelo Poder Público.

Após o edital há uma fase de exame da idoneidade jurídica, técnica e financeira dos *proponentes*, em função do quê alguns serão habilitados ao certame e outros dele excluídos. Do ato em apreço cabe recurso, a ser decidido pela comissão licitante. Vencida esta fase de habilitação, deflagra-se a fase posterior, em que são abertas publicamente as *propostas*. Após isto, há a classificação das propostas, de tal sorte que são ordenadas em função das maiores ou menores vantagens oferecidas. Se a Administração considerar satisfatória a melhor proposta, irá, então, adjudicar ao vencedor o objeto da licitação. Finalmente, a autoridade superior homologará a licitação. Só depois disto haverá o contrato. Percebe-se que há uma sucessão de atos, ordenados todos em função de atingirem um ato final.

103. Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subsequentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes completar-se a fase precedente. Além disto, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico indindível.

104. O procedimento administrativo não se confunde com os atos complexos, pois nestes há *unidade na função das declarações jurídicas que os compõem*, ao passo que no procedimento seus atos desempenham funções distintas, com autonomia e, portanto, heterogeneidade de função.

Conforme a função que desempenham no procedimento administrativo, os atos que o integram e complementam podem classificar-se em:

a) atos *propulsivos* – são os que deflagram o procedimento, isto é, atos de iniciativa, como as propostas, convocações etc.;

b) atos *instrutórios* ou *ordinatórios* – são os que se destinam a instrumentar e preparar as condições de decisão, tais as informações, laudos, perícias, documentações, pareceres, "acertamentos" etc.;

c) atos *decisórios* – são os que decidem, resolvendo a sequência procedimental;

d) atos *controladores* – são os que confirmam ou infirmam a legitimidade dos atos do procedimento ou a oportunidade da decisão final;

e) atos de *comunicação* – são os que dão conhecimento a terceiros dos atos que lhes devem ser noticiados. É o caso da publicação, da intimação, da participação etc.

Seguimos nesta catalogação a classificação que Pietro Virga faz das *fases* do procedimento.[70]

XIV. Panorama da extinção dos atos administrativos

105. Diversas são as causas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos. Duas delas são mais comuns e mais importantes: a revogação e a anulação – que preferimos designar invalidação, por razões adiante explanadas. Limitar-nos-emos a examinar com maior detença apenas estas formas extintivas de maior relevo. De todo modo, convém apresentar um panorama sintético abrangente das demais figuras.

Neste passo, e por razões de ordem didática, deixaremos de lado, por ora, o problema de se saber, em cada caso, se o que se extingue são os efeitos do ato ou o próprio ato. Este debate, encontradiço em autores que trataram aprofundadamente aspectos do tema, prejudicaria a linearidade expositiva. Usaremos, então, indiscriminadamente, as expressões extinção do ato e extinção dos efeitos do ato, sem que isto implique compromisso teórico.

106. Os atos administrativos, como é óbvio, são produzidos a fim de desencadear efeitos na ordem jurídica. Estes, contudo, não são perenes. Cumpridos, exaure-se a função do ato. Vale dizer: o ato desaparece, extingue-se.

Outras vezes, fatos ou atos posteriores interferem de maneira a suspender ou eliminar definitivamente estes efeitos, fazendo, nesta hipótese, com que o ato seja extinto.

Demais disso, há casos em que o ato sequer chega a desencadear seus efeitos *típicos* (cf. n. 15), seja porque antes da eclosão deles a Administração (ou o Judiciário) os fulmina, seja porque particulares beneficiários destes atos os recusam.

107. Um ato eficaz (cf. n. 14) extingue-se por:

I – *cumprimento de seus efeitos*, o que pode suceder pelas seguintes razões:

70. *Il Provvedimento Amministrativo* ..., cit., pp. 232 e 233.

a) esgotamento do conteúdo jurídico. É o que sucede com a fluência de seus efeitos ao longo do prazo previsto para ocorrerem. Por exemplo: o gozo de férias de um funcionário;

b) execução material. Tem lugar quando o ato se preordena a obter uma providência desta ordem e ela é cumprida. Por exemplo: a ordem, executada, de demolição de uma casa;

c) implemento de condição resolutiva ou termo final. Condição é evento futuro e incerto. Termo é evento futuro e certo. Mas pode ser determinado (por exemplo, dia tal) ou indeterminado (por exemplo, quando fulano morrer ou quando voltar a chover). Figure-se o caso de condição resolutiva exemplificada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:[71] permissão a um administrado para derivar água de um rio, se este não baixar aquém de certa cota.

A hipótese extintiva ora mencionada supõe evento futuro estabelecido discricionariamente pela Administração como cláusula acidental ou acessória do ato. Com efeito, se o evento futuro estivera previsto em lei, como inerente à tipologia do ato, sua ocorrência corresponderia à hipótese já referida de mero esgotamento do conteúdo do ato;

II – *desaparecimento do sujeito ou objeto* da relação jurídica constituída pelo ato. É o que se passa com a morte do beneficiário nos atos *intuitu personae*. Exemplo: a morte de um funcionário extingue os efeitos da nomeação. O mesmo se dá quando desaparece o objeto da relação. Exemplo: a tomada pelo mar de um terreno de marinha dado em aforamento extingue a enfiteuse;

III – *retirada do ato*. Sucede quando o Poder Público emite um ato concreto com efeito extintivo sobre o anterior. Várias são as hipóteses:

a) retirada por razões de conveniência e oportunidade. É a *revogação*. Exemplo: retirada da permissão para estabelecimento de banca de jornais em dada esquina, sob fundamento de que perturba a circulação de pedestres no local, que requer maior desafogo;

b) retirada porque o ato fora praticado em desconformidade com a ordem jurídica. É a *invalidação*. Exemplo: retirada de uma autorização para porte de arma porque, contra a lei, fora deferida a um menor de idade;

71. *Princípios Gerais* ..., cit.

c) retirada porque o destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica. É a *cassação*. Exemplo: retirada da licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância;

d) retirada porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente. É a *caducidade* (expressão, esta, que, embora igual, nada tem a ver com a caducidade nas concessões de serviço público – cf. Capítulo XII, n. 70). Exemplo: retirada de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso;

e) retirada porque foi emitido ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daquele. É a *contraposição* ou derrubada. Lembre-se o exemplo de Stassinopoulos,[72] da exoneração de um funcionário, que aniquila os efeitos do ato de nomeação;

IV – *renúncia*. Consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato. Exemplo: a renúncia a um cargo de secretário de Estado.

108. Um ato ainda não eficaz extingue-se:

a) pela retirada dele, chamada por alguns de "mera retirada",[73] mas que *preferimos englobar no conceito genérico de revogação*, quando efetuada por razões de mérito, e *no de invalidação*, quando efetuada por razões de legitimidade;

b) pela inutilização do ato ante a *recusa* do beneficiário, cuja aquiescência era necessária para produção de seus efeitos.

As várias formas de extinção podem ser visualizadas no seguinte quadro:

A) Ato Eficaz (ou relação dele nascida):

I – Cumprimento dos efeitos:

a) esgotamento do conteúdo jurídico da relação;

b) execução material;

c) termo final ou condição resolutiva.

72. *Traité des Actes Administratifs*, Paris, Sirey, 1954, p. 246.

73. Olguín Juarez, *Extinción de los Actos Administrativos*, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 45; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, cit., p. 468.

II – Disparição de elemento infungível da relação:
a) sujeito;
b) objeto.
III – Retirada:
a) revogação;
b) invalidação;
c) cassação;
d) caducidade;
e) contraposição.
IV – Renúncia.

B) Ato Ineficaz:
a) mera retirada;
b) recusa.

XV. Revogação

Conceito

109. A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas.

Pode-se conceituá-la do seguinte modo: revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.

110. Portanto: a) o *sujeito ativo* da revogação é uma autoridade no exercício de função administrativa; b) seu *objeto* é um ato ou uma relação jurídica válidos; c) seu *fundamento* é uma competência discricionária para incidir sobre situação dantes regulada; d) seu *motivo* é a inconveniência ou inoportunidade da mantença da situação precedente; e) seus *efeitos*, em relação ao disposto anteriormente, são os de extinguir o que fora provido, sem ofender os efeitos passados; f) sua *natureza* é de ato da administração ativa, constitutivo (não apenas declaratório), e expressa um poder positivo; g) seus *limites* são os que resultam destas características, conforme será explanado.

111. A revogação pode ser *explícita* ou *implícita*. É explícita quando a autoridade simplesmente declara revogado o ato anterior. É implícita quando, ao dispor sobre certa situação, emite um ato incompatível com o anterior. Em um e outro caso a revogação pode ser *total* ou *parcial*, conforme a amplitude com que afeta a situação precedente.

Examinemos os vários aspectos mencionados.

Sujeito ativo da revogação

112. A revogação de que ora se trata é um ato administrativo. Por isso tem os mesmos elementos, pressupostos e características das declarações jurídicas desta espécie.

Logo, o sujeito ativo da revogação é uma autoridade no exercício de *funções e competências administrativas*. Normalmente, provém de um agente do Poder Executivo ou de entidade da Administração indireta, a quem compete, de regra, a expedição de atos administrativos.

113. Legislativo e Judiciário praticam revogação administrativa apenas quando, excepcionalmente, estejam no exercício de *funções administrativas*, atípicas em relação às suas próprias funções normais. Neste caso, podem revogar seus respectivos *atos administrativos*.

A nenhum Poder estatal assiste, no entanto, a possibilidade de revogar atos dos outros, pois isto implicaria violação da independência recíproca (art. 2º da Constituição).

114. O agente que revoga tanto pode ser aquele que produziu o ato quanto autoridade superior no exercício do poder hierárquico.

Pode ocorrer, ainda, eventualmente, que a lei confira a autoridade fora da linha hierárquica competência revogatória incidente sobre situações que em princípio estariam na alçada de outras. Assim, se a lei estabelecer que a Administração, através de algum órgão, possa revogar ato de autarquia, evidentemente não haverá que contestar tal poder, inobstante a autarquia seja outra pessoa jurídica e, portanto, fora da linha hierárquica, porque submetida apenas a controle.

Objeto da revogação

115. O objeto da revogação é um ato administrativo válido ou uma relação jurídica *válida* dele decorrente. Aí reside uma *diferença*

capital entre a revogação e a invalidação. Na revogação não se busca restaurar legitimidade violada, mas atender a uma conveniência administrativa, ao passo que na invalidação fulmina-se um ato viciado perante as normas jurídicas.

116. Como disse Robin de Andrade,[74] é um *ato secundário*, porque pressupõe um ato primário que anteriormente dispôs sobre a mesma questão colhida pelo ato revogador. De conseguinte, a revogação não incide sobre fatos; incide sobre atos ou relações por eles constituídas.

117. A revogação tanto pode atacar um ato ainda ineficaz (cf. ns. 14 e 15), a fim de impedir que surjam seus efeitos típicos, o que é raro, como voltar-se contra a relação jurídica nascida de um ato já eficaz, que é o mais comum. Na primeira hipótese elimina o ato para abortar a deflagração de seus efeitos. Na segunda, elimina os *efeitos ainda não consumados do ato*.

118. Na doutrina estrangeira, notadamente a italiana, costuma-se denominar "mera retira" (*mero ritiro*) à supressão de atos ainda ineficazes, reservando-se a palavra "revogação" para as hipóteses que são comuns e frequentes – de eliminação procedida ante atos já eficazes.

Não vemos utilidade significativa na distinção. Por isso englobamos sob o *nomen juris* "revogação" ambos os casos.

119. Vale registrar que quando a revogação tem em mira atos abstratos, como regulamentos, regimentos, estatutos, certas portarias, instruções etc., o que ela se propõe a suprimir é o *próprio ato*. Com efeito: um ato jurídico é precisamente uma "fonte", uma força "matriz" de efeitos jurídicos, de consequências jurídicas. Ao se revogar atos abstratos o que se quer é eliminar esta fonte (portanto, o próprio ato), para impedir que possam gerar novos efeitos, porque os anteriores são respeitados e os futuros ainda não existem para serem atacados.

Diversamente, quando a revogação volta-se perante *atos concretos*, como permissões, autorizações etc., já *eficazes*, pretende encerrar as relações que nasceram deles. Por serem atos concretos não produziriam novas relações; logo, o que se quer extinguir, neste caso,

74. *Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra, Atlántida Editora, 1969, p. 12.

são as relações já produzidas, fazendo com que se concluam. O ataque, portanto, é aos efeitos do ato. Ficam incólumes os efeitos *já transcorridos*, mas a relação não prossegue. Vale dizer, os efeitos que seguiriam em curso, por força da relação gerada pelo ato, não persistem.

Fundamento da revogação

120. Como qualquer ato administrativo, a revogação tem que se fundar em uma regra de Direito que habilite a autoridade a agir.

Não são muito comuns os casos em que uma norma menciona expressamente a competência para revogar. E muito raros são os casos em que um sujeito é investido deste poder fora de sua linha hierárquica.

121. *Normalmente*, o fundamento do poder de revogar deflui *da mesma regra de competência* que habilitou o agente (ou o teria habilitado) à prática do ato anterior, que se vai revogar. Seu fundamento habitual, portanto, é a repetição do uso de uma competência sobre a mesma questão. O agente ou um superior hierárquico reincide sobre o que já tinha sido decidido, seja provendo de modo diverso – e assim revoga implicitamente –, seja estabelecendo apenas, sem nada aditar, que encerra o que fora provido anteriormente por si ou por autoridade inferior.

122. Como qualquer competência, para que possa ser exercitada, cumpre que seja uma competência *atual* sobre a matéria a ser objeto de decisão. Isto é, requer-se que a autoridade desfrute dela, em relação ao que vai ser revogado, no *momento* em que pretende editar o ato de força revogatória. Não basta, pois, que haja tido competência para expedir o ato que se quer revogar. É preciso que ainda a mantenha, pois não é o reverso do poder de iniciativa sobre certa questão.[75]

Por isso importa que seja uma competência *contínua* sobre aquilo que dantes foi decidido. Vale dizer: é preciso que não se haja esgotado a competência administrativa com respeito à questão versada. Em suma: cumpre que o objeto da revogação ainda esteja disponível para a autoridade que revoga. Como afirma, a sabendas, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, coincidindo com o pensamento

75. Cf. Renato Alessi, *La Revoca degli Atti Amministrativi*, 2ª ed. revista, Milão, Giuffrè, 1956, p. 80.

de Alessi: "A faculdade de revogar está fundada no poder genérico de agir de dado órgão da Administração Pública. Mas só se encontra onde existe a prerrogativa de modificar ulteriormente a relação jurídica oriunda do ato anterior (...)".[76]

É que o poder de revogar assenta-se na *disponibilidade atual* sobre o objeto, por envolver competência não exaurida.

123. É fundamental salientar que deve tratar-se de uma competência *discricionária*, isto é, que confira ao agente poder jurídico para resolver, no momento em que revoga, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Com efeito, se houvera vinculação atual, o decidido pelo ato anterior seria ainda na atualidade a única decisão legal possível. Então, descaberia modificar o decidido ou eliminar o que tinha e tem que existir em decorrência de imposição da lei, sob pena de ofendê-la, caso em que a revogação seria ilegítima.

Convém ressaltar que um ato pode ter sido expedido vinculadamente *no passado*, mas, por alteração legal, vir a caber apreciação discricionária *posteriormente*. Ressalvados direitos adquiridos e desde que exista poder jurídico para reincidir sobre a mesma questão, não fica afastada a hipótese de revogação.

124. Em suma: o fundamento do poder de revogar é a competência que permite ao agente dispor *discricionariamente* sobre a mesma situação que já fora objeto de anterior provimento ou, então, *norma expressa* que defira a algum sujeito o poder de suprimir disposição precedente, mesmo que lhe faltasse o poder de iniciativa para editar o primeiro ato.

Motivos da revogação

125. O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito "hoje" sobre o que foi produzido "ontem", resultando no entendimento de que a solução tomada não convém *agora* aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração.

76. *Princípios Gerais* ..., cit., p. 638.

É irrelevante distinguir se a inconveniência foi contemporânea ou superveniente ao ato que se vai revogar.

Aliás, é um sem-sentido jurídico a suposição de inconveniência originária. Esta só pode ser concebida mediante um juízo estabelecido segundo critérios de Ciência da Administração e sem qualquer calço em face do Direito. Deveras: se o agente, ao editar o ato inicial, fez uma opção exercendo competência discricionária, produziu aquele que era, à época, o interesse que a lei acobertava como sendo o interesse público. É dizer: quem editou legitimamente o ato era o *titular da dicção do interesse público*. No preciso momento em que foi editado o ato não havia outro interesse qualificável como interesse público, senão aquele decidido pelo ato. Se, pelo contrário, ao produzir o ato o agente atuou competência vinculada (tornada discricionária posteriormente, por modificação da lei), a solução contida no ato era, *por definição*, a conveniente ao interesse público, por ser imposta pela regra de Direito.

126. Não interessa em nada para nós a distinção italiana entre revogação (*revoca*) e *abrogazione*, que seria a retirada por inconveniência superveniente. É que dela alguns pretenderam extrair, na Itália, eficácia retroativa para a *revoca* (Guicciardi, Romano). Nosso Direito Positivo não dá guarida a tais distinções. Aliás, como observou Renato Alessi, nem mesmo na Itália encontram apoio na legislação.[77]

127. Finalmente, vale notar que não se deve confundir com a revogação os casos em que o agente retira o ato por verificar que fora editado na *errônea suposição* de que existia uma situação de fato permissiva de sua edição ou de que inexistia uma situação impeditiva dele. Parte da doutrina italiana, nestes casos, denomina *revocazione* ao ato supressivo.

Em rigor, tais situações procedem de erros de fato, mas que se resolvem em *erros de direito*, gerando por isso ilegitimidade do ato. Donde, o ato de retirada nestas hipóteses configura uma autêntica *invalidação*.

Efeitos da revogação

128. A revogação suprime um ato ou seus efeitos, mas respeita os efeitos que já transcorreram; portanto, o ato revogador tem sem-

77. Ob. cit., p. 31.

pre eficácia *ex nunc*, ou seja, desde agora, diversamente da invalidação, que, embora em certas hipóteses também esteja restrita a estes efeitos (como além se dirá), nas demais opera *ex tunc*, isto é, desde então, retroativamente.

Assim, a revogação não desconstitui efeitos passados. Apenas, ao atingir um ato ainda ineficaz, impede que este venha a gerar efeitos. Ou, então, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento. Faz com que termine um ciclo de consequências jurídicas próprias da relação criada pelo ato. Finaliza a sequência de efeitos por ele produzida. Põe um paradeiro neles ao encerrar aquela relação jurídica.

Isto sucede, consoante se indicou, toda vez que a Administração volta a dispor sobre algo que já fora objeto de anterior provimento. Ao modificar ou simplesmente estatuir que elimina o provido anteriormente, estará efetuando uma revogação.

Não há confundir este tipo de ato, cujo alcance é supressivo, com a suspensão ou interrupção da eficácia do ato, ao respeito da qual deve ser referido o completíssimo trabalho de José Roberto Dromi.[78]

129. Caberia, afinal, perguntar, ante este efeito supressivo do ato revogador: *quid juris* se houver revogação do ato revogador? Isto é, se houver um terceiro provimento que elimina a supressão estabelecida pelo segundo ato? Neste caso há de entender-se que o único sentido do terceiro ato é reconstituir de direito o que resultou do primeiro. É dizer: está implícito nele o alcance de repristinar a situação original, embora, como é inerente à revogação, a partir da emissão do último ato, ou seja, sem efeito retroativo. Seu efeito é recriar o que estava extinto, a partir da última revogação.

Negar-lhe esta consequência corresponderia a considerar o ato um sem-sentido e contestar o que fora pretendido com sua emissão.

Natureza do ato revogador

130. A revogação é ato de administração *ativa*, e não de administração controladora, consultiva, verificadora ou contenciosa. Vale dizer: é ato que gera a criação de utilidade pública, e não ato que apenas concorre para sua produção. É *constitutiva*, pois sua função

78. *Acto Administrativo, Ejecución, Suspensión y Recursos*, Macchi, 1973.

é a de instaurar uma situação nova, ao invés de simplesmente reconhecer ou declarar situação precedente.

131. A revogação exprime um poder *positivo*, idêntico ao do ato revogado (ou que criou a relação revogada). Com efeito, com a revogação, o que se está fazendo, tal como no ato anterior, é decidir sobre a maneira de criar um interesse público. Trata-se de um novo provimento pelo qual se modifica a disposição precedente. O segundo difere do primeiro apenas em que dá solução diferente à mesma questão, mas se parifica com ele em que ambos são decisões expedidas para criar um interesse público.

Ainda quando cinge-se a estatuir que extingue o provido anteriormente, seu alcance é o de repristinar, recriar a situação que existia antes do ato ou relação revogados.

A revogação só é negativa no sentido óbvio de que nega, isto é, termina com a situação precedente. Com efeito, o ato revogador tem a mesma índole do ato revogado ou gerador da situação revogada.

Limites ao poder de revogar

132. Ante tudo que se expôs, verifica-se que há poder de revogar quando:

a) a lei explicitamente defere esta competência;

b) a competência administrativa para dispor sobre certa relação não se exauriu com relação a ela ao ser anteriormente exercitada.

Compreende-se, então, por que os atos gerais abstratos (como os regulamentos) são sempre revogáveis e por que o problema dos limites *específicos* ao poder de revogar coloca-se apenas para os atos concretos. É que nos atos gerais e abstratos não se trata de reincidir competência sobre a *mesma relação jurídica*. Tais atos dispõem para o futuro e não interferem com alguma *relação presente*. Não apanham qualquer relação criada. Logo, não correspondem à reiteração de competência sobre a mesma relação. Consistem no simples exercício normal de uma competência deferida em abstrato e que é manifestada tendo em vista o *porvir*. Daí sua "liberdade".

Pelo contrário, no caso dos atos concretos a revogação quer fazer cessar uma *relação presente*, para dispor de outro modo. Respeita os efeitos passados, mas alcança uma relação atual, presente, pondo um termo final em seus efeitos. Portanto, atinge uma concreta relação jurídica já constituída. Eis por que geram situações irrevogáveis:

a) *os atos que a lei declare irrevogáveis*, por óbvio;

b) *os atos já exauridos*, isto é, em que a relação jurídica, os efeitos do ato, estejam esgotados, pois nada mais haverá a atingir. Neste caso se incluem os que determinam providência material já executada (demolição de uma casa, por exemplo) e os que se exaurem *ipso jure*;

c) *os atos vinculados enquanto o sejam*, pois descabe modificar ou extinguir uma situação que esteja constituída em termos que inadmitem outra solução perante a lei;

d) *os* chamados *meros* (ou puros) *atos administrativos* (como as certidões, os votos em órgão colegial após formação da vontade coletiva, que em rigor é a vontade do *órgão*), pois os efeitos deles derivam da lei e não de uma criação administrativa, que, por isso, não pode eliminar o que foi criado por determinação legal;

e) *os atos de controle*, pois a competência, em relação a cada caso examinado, exaure-se uma vez expedido o ato. É que não são atos constitutivos, mas apenas liberadores (como as autorizações prévias) ou confirmadores (como as aprovações *a posteriori*). Não haveria como reincidir sobre eles, por falta de suporte legal.

É que os efeitos de *criação de utilidade pública advêm do ato controlado* e não do ato controlador. Este apenas permite ou libera tais efeitos. São competências diversas e independentes a de praticar o ato que cria a utilidade pública e a de controlá-lo. A competência de controlar *não é de administração ativa*, e o ato *revogador é o ato de administração ativa*.

Por isso não há vedação, em tese, à revogação dos efeitos do ato controlado, mas há vedação a revogar os efeitos do próprio ato controlador. Aliás, estes se esgotam *ipso jure* (hipótese "b", *supra*). Seus efeitos consistem em criar instantaneamente, sem se protraírem no tempo, uma liberação ou uma confirmação. Por meio deles o ato controlado não vai "ficando continuamente liberado" ou "continuamente aprovado". É liberado ou é aprovado, num só átimo, após o ato controlador;

f) *atos que, integrando um procedimento, devem ser expedidos em ocasião determinada*, pois com o advento do ato sucessivo opera-se preclusão. Fica extinta a competência administrativa para incidir sobre aquela situação;

g) *os* chamados *atos complexos*, em que para *constituição* de um certo *efeito jurídico* é necessária a integração de vontades de di-

ferentes órgãos administrativos, sendo todas expressões da administração ativa. É que uma só vontade não pode modificar o que a lei fez depender do concurso de mais de uma. É o caso das nomeações, feitas por autoridade, dentre pessoas constantes de lista composta por outro órgão;

h) *os atos que geram direitos adquiridos*, pois estes a Carta Constitucional os declara intangíveis;

i) os atos que consistirem em decisão final do processo contencioso.

Revogação e indenização

133. A revogação, *quando legítima*, de regra, não dá margem a indenização. Com efeito, quando existe o poder de revogar perante a ordem normativa, sua efetivação normalmente não lesa direito algum de terceiro. Contudo, não se pode excluir a hipótese, tanto mais porque, como é sabido, existe responsabilidade do Estado por ato lícito.[79]

Quando, pelo contrário, inexiste o poder de revogar mas a Administração necessita, para atender a um interesse público, rever certa situação e afetar relação jurídica constituída, atingindo *direito* de alguém (não meras faculdades ou expectativas), a solução é *expropriá-lo*. O tema está muito bem-exposto na excelente e imprescindível monografia de Daniele Coutinho Talamini sobre revogação do ato administrativo.[80]

134. Não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário *deve* fulminar se o interessado o requerer.

A lei prevê o instituto da *expropriação* quando é irredutível o choque entre um interesse público e um *direito* do administrado. E na desapropriação há um procedimento a observar e há, de regra, necessidade de indenização *prévia, justa e em dinheiro* (cf. o art. 5º, XXIV, da Lei Maior). Esta é a fórmula pela qual se compõem o interesse público e o direito do administrado se entre ambos irromper conflito insolúvel consensualmente. No Estado de Direito, o Poder Público não pode fugir das vias previstas na ordem normativa.

79. Cf. capítulo sobre "Responsabilidade Patrimonial do Estado".

80. *Revogação do Ato Administrativo*, Malheiros Editores, 2002, pp. 232 e ss.

135. É que o interesse público só pode realizar-se na forma da lei. Aliás, *de direito*, inexiste interesse público a não ser *intra legem*. Contra a lei ou fora dela é inconcebível. Sob o ângulo da Ciência da Administração, sob perspectiva extrajurídica, pode-se imaginar certo interesse da coletividade prescindindo-se do que as normas estabelecem e da maneira que estatuem para realizá-lo.

Entretanto, *por definição*, interesse algum é interesse público senão quando confortado pela ordenação normativa, inclusive quanto à forma de efetivar-se.

Por isso é absurdo supor-se possa a Administração aniquilar um direito de alguém sem prévia indenização, a título de "revogar" e invocando um "interesse público". Vai nisso evidente confusão entre os planos do Direito e da Ciência da Administração.

Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode "revogar" ou "cassar" esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir naqueles termos. Não é o mesmo ter que buscar em juízo uma indenização por danos e ser buscado no Judiciário, *com indenização prévia*. São caminhos diferentes. Desassiste ao Poder Público, através de comportamento abusivo, lançar o administrado em via menos conveniente para ele.

XVI. Coisa julgada administrativa

136. Algumas vezes, com a expressão, muito criticada, "coisa julgada administrativa" pretende-se referir a situação sucessiva a algum ato administrativo em decorrência do qual a Administração fica impedida não só de retratar-se dele na esfera administrativa, mas também de questioná-lo judicialmente. Vale dizer: a chamada "coisa julgada administrativa" implica, *para ela*, a *definitividade* dos efeitos de uma decisão que haja tomado.

O tema diz respeito exclusivamente aos atos "ampliativos" da esfera jurídica dos administrados. O fenômeno aludido só ocorre em relação a este gênero de atos. Trata-se, portanto, de instituto que cumpre uma função de garantia dos administrados e que concerne ao tema da segurança jurídica estratificada já na própria órbita da Administração.

Ressalte-se que a chamada "coisa julgada administrativa" abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma irretratabilidade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera.

Inversamente, seu alcance é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. Com efeito, sua definitividade está restrita a ela própria, Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato.

Assim, o atingido por uma decisão produtora de coisa julgada administrativa em favor de outrem e contrária a suas pretensões poderá recorrer ao Judiciário para revisá-la. Além disto, seu questionamento na esfera judicial é admissível sempre que caiba ação popular, ação civil pública ou que, por *fás* ou por *nefas*, haja legitimidade ativa do Ministério Público.

137. A coisa julgada administrativa, consoante entendemos, diz respeito unicamente a situações nas quais a Administração haja decidido contenciosamente determinada questão – isto é, em que tenha *formalmente assumido a posição de aplicar o Direito a um tema litigioso*; portanto, também, com as implicações de um contraditório. Aliás, nisto se exibe mais uma diferença em relação à simples irrevogabilidade, que, como visto, estende-se a inúmeras outras hipóteses.

Toda vez que a Administração decidir um dado assunto em última instância, de modo contencioso, ocorrerá a chamada "coisa julgada administrativa".

A ocorrência deste fenômeno é particularmente óbvia em face de decisões de órgãos colegiais em que há participação dos administrados, e que a lei estruturou deste modo para a solução de litígios entre a Administração e os particulares, buscando imparcialidade na apreciação da matéria. Também por isto, diga-se de passagem, deve-se entender que, salvo indisputável ressalva legal em contrário, a autoridade *unipessoal* alocada em patamar superior (não importa quão alto seja seu escalão) não pode rever ou determinar a revisão do decidido pelo órgão colegial, pois a colegialidade e a participação do administrado, evidentemente, foram instituídas na pressuposição de que esta é a estrutura que confere a habilitação ideal para enfrentamento das questões que lhes hajam sido afetas.

138. O fundamento jurídico mais evidente para a existência da "coisa julgada administrativa" reside nos princípios da segurança jurídica e da lealdade e boa-fé na esfera administrativa. Sérgio Ferraz e Adílson Dallari aduzem estes e mais outros fundamentos, observando que: "A Administração não pode ser volúvel, errática em suas opiniões. *La donna è mobile* – canta a ópera; à Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública, mais acima referidos, impõem".[81] Daí por que sustentam, com razão, que só mesmo em um processo administrativo revisional – "verdadeira ação rescisória administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil", e "com a participação de todos os interessados antes envolvidos" – é que seria possível uma reapreciação da matéria.[82]

XVII. Invalidade dos atos administrativos

139. Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade).

Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles.

É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrímen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.

Não há acordo doutrinário quanto à existência e caracterização destas várias figuras. Para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos e

81. *Processo Administrativo*, 3ª ed., Malheiros Editores, 2012, pp. 71.
82. Ob. cit., p. 77.

anuláveis os simplesmente irregulares, e há também quem reconheça a categoria dos atos "inexistentes".

Compartilhamos a doutrina que sustenta haver no Direito Administrativo brasileiro tratamentos díspares conforme o tipo de ilegitimidade. Daí a conveniência de se utilizar uma expressão designativa do gênero e outras para referir as espécies. Por isso valemo-nos do termo "invalidade" para abranger quaisquer casos de desconformidade com o Direito. Evitamos usar com este fim o *nomen juris* "anulação", já que tal palavra é correntemente manejada para o batismo de uma das espécies.

Outrossim, parece-nos que os termos "invalidade" – antítese de validade – e "invalidação" reportam-se a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito, do ato. Um ato ajustado aos termos legais é *válido* perante o Direito, ainda que seja considerado inconveniente por quem pretenda suprimi-lo. Não se deve, pois, chamar de invalidação à retirada por motivo de mérito.

Por isso é indesejável a terminologia de alguns autores, inclusive nacionais, que usam a voz "invalidação" para referir a retirada tanto por motivo de ilegitimidade quanto por motivo de inconveniência ou inoportunidade (revogação).

140. Pode-se conceituar invalidação do seguinte modo:

Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

Sujeitos ativos da invalidação

141. Podem ser *sujeitos ativos* da invalidação tanto a Administração quanto o Poder Judiciário. A primeira, atuando seja por provocação do interessado, seja em razão de denúncia de terceiro, seja espontaneamente. O segundo, apenas quando da apreciação de alguma lide.

Portanto, diferentemente da revogação, que é privativa de autoridade no exercício de função administrativa, a invalidação tanto pode resultar de um ato administrativo quanto de um ato jurisdicional.

Objeto da invalidação

142. O *objeto da invalidação* ora será um ato ainda ineficaz, ora uma relação jurídica, ora um ato e as relações jurídicas que produziu.

Com efeito, já se disse que, em Direito, ato administrativo significa uma fonte, u'a matriz de efeitos jurídicos. Esta fonte que é o ato não se confunde com os efeitos dele nascidos. São coisas distintas o produtor (ato) e o produzido (efeitos). Quando se ataca um ato ineficaz, seja ele ato abstrato ou ato concreto, os efeitos previstos ainda não eclodiram. Estão contidos, porque só devem irromper no futuro. Logo, ainda não há efeitos a serem atacados. O que se quer é suprimir esta virtualidade de produção suposta no ato. Então, o que se fulmina é o ato. Elimina-se aquela fonte da qual dependia o surgimento de efeitos.

143. Diversa é a situação relativa aos atos eficazes.

O ato eficaz também é uma fonte de efeitos. Mas pode sê-lo de dois modos, conforme se trate de ato abstrato ou de ato concreto. Se é ato abstrato, como o regulamento, por exemplo, sua característica específica reside justamente em ser fonte *contínua* de efeitos. Isto é, toda vez que se renove a situação abstrata nele prevista, o ato produz novamente um fluxo de efeitos. Em suma: o ato abstrato não se resume a produzir uma dada relação jurídica. Pelo contrário, produzirá tantas relações, ou seja, tantos fluxos de efeitos, quantas vezes se repetir a situação hipotética ali prevista.

Nestes casos a invalidação surge para cumprir um duplo objetivo: impedir que a fonte produtora de efeitos (o ato) continue a gerar novas relações e suprimir as já nascidas. Portanto, ataca cumulativamente o ato e os efeitos, *inclusive os já ocorridos*.

144. Quando o ato é concreto caracteriza-se, em oposição aos abstratos, por ser aplicável uma única vez, pois só se aplicará àquela concreta situação. Vale dizer: o ato se esgota na produção de uma única relação jurídica. Seu significado em Direito, que é o de ser fonte de efeitos, exaure-se de imediato. O ato não será fonte de nada mais. Portanto, *extingue-se*. O que perdura é o fluxo de efeitos que gerou, ou seja: a relação jurídica produzida.

Nestes casos, a invalidação quer eliminar – e com frequência *retroativamente* o que ainda existe: a relação jurídica. Do ato não há mais cuidar, pois desapareceu com sua aplicação concreta, isto é, única.

145. Em síntese: a invalidação quando referida a atos ineficazes tem por objeto o próprio ato; quando referida a atos eficazes abstratos tem por objeto o ato e seus efeitos; e quando referida a atos eficazes concretos tem por objeto apenas os efeitos deles.

Fundamento da invalidação

146. Para a Administração o que *fundamenta* o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável no caso concreto.

Motivo da invalidação

147. O *motivo* da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar. Enquanto na revogação é a inconveniência que suscita a reação administrativa, na invalidação é a ofensa ao direito.

Forma da invalidação

148. Não se anula ato algum *de costas para o cidadão, à revelia dele*, simplesmente declarando que o que fora administrativamente decidido (ou concertado pelas partes) passa a ser de outro modo, sem ouvida do que o interessado tenha a alegar na defesa de seu direito. A desobediência a este princípio elementar lança de imediato suspeita sobre a boa-fé com que a Administração tenha agido, inclusive porque nela se traduz um completo descaso tanto pelo fundamental princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos quanto por aquele que é, talvez, o mais importante dentre todos os cânones que presidem o Estado de Direito – a saber: o princípio da segurança jurídica.

Independentemente de considerações principiológicas, o Direito Positivo brasileiro, de modo expresso e com a mais incontendível explicitude, sufraga estas observações. Cite-se, desde logo o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que estatui que "ninguém será privado da liberdade ou *de seus bens* sem o devido processo legal"; e o inc. LV, de acordo com o qual "aos *litigantes*, em processo judicial *ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Mônica Toscano Simões, em obra monográfica que se constitui em trabalho de mão e sobremão precisamente sobre o tema em pauta, averbou que, ao constatar a possível ocorrência de vícios, "não deve a Administração proceder, de imediato, à invalidação do ato. Com efeito, entre a constatação do vício e a invalidação do ato deve

transcorrer o chamado procedimento administrativo invalidador, ao fim do qual poderá ser emitido o ato invalidador. Quer-se com isto dizer que a invalidação de atos administrativos, mesmo quando pronunciada pela própria Administração Pública, deve observar o devido processo legal, sob pena de ofensa frontal ao sistema constitucional brasileiro".[83]

Logo em seguida ao excerto colacionado, a ilustre doutrinadora traz à balha o corretíssimo ensinamento de Clarissa Sampaio Silva, também proferido em obra monográfica, segundo o qual: "A invalidação já não pode ser vista como ato único, decisão *one shot*, mas como resultado de um procedimento cujos participantes devem ser aqueles diretamente atingidos por dada medida".[84]

A mesma Profa. Mônica Toscano Simões prodigaliza, ainda, outras valiosas ensinanças de equivalente teor, quais as de que: "Não se pode admitir que a Administração invalide atos – os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade – sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativa a chance de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos". A autora anota que esta linha tem recebido reiterado acolhimento nos Tribunais pátrios, "para os quais afigura-se inviável a anulação do ato administrativo sem a instauração do competente procedimento administrativo que garanta ao interessado o contraditório e a ampla defesa".[85] Em nota de rodapé, abonando tal assertiva, menciona numerosos julgados, de que nos servimos para referir também em rodapé.[86]

Derradeiramente, convém aproveitar a transcrição por ela feita da ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal concernente ao

83. *O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados*, Malheiros Editores, 2004, pp. 160 e 161.

84. *Limites à Invalidação dos Atos Administrativos*, Max Limonad, 2001, p. 142.

85. Ob. cit., p. 162.

86. *STF*: RMS 21.518-DF (rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 10.11.2000, p. 107). *STJ*: ROMS 10.673-RJ (rel. Min. Francisco Falcão, 26.6.2000, p. 137); MS 7.218-DF (rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 29.4.2002, p. 154); MS 6.737-DF (rela. Min. Laurita Vaz, *DJU* 13.5.2002, p. 143); MS 7.228-DF (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 12.8.2002, p. 161); MS 7.841-DF (rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 23.9.2002, p. 218); MS 7.217-DF (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 28.10.2002, p. 212); MS 7.219-DF (rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 11.11.2002, p. 140); MS 7.978-DF (rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 16.12.2002, p. 241); ROMS 12.726-PR (rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 24.3.2003, p. 281); ROMS 12.821-GO (rel. Min Vicente Leal, *DJU* 24.3.2003, p. 282); e MS 7.221-DF (rel. Min Franciulli Netto, *DJU* 24.3.2003, p. 133).

RE 158.543-RS, relatado pelo eminentíssimo Min. Marco Aurélio, figura pinacular daquele Tribunal (ora compartilhando esta posição com o ex-Min. Carlos Britto), e que a referida jurista noticia ser o precedente invocado pelo próprio Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça nas suas decisões sobre a matéria, do seguinte teor: "Ato administrativo – Repercussões – Presunção de legitimidade – Situação constituída – Interesses contrapostos – Anulação – Contraditório – Tratando-se de anulação de um ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo dos interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada – Presunção do ato administrativo que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular".[87]

Efeitos da invalidação

149. Os *efeitos* da invalidação consistem em fulminar o ato viciado e seus efeitos, inúmeras vezes atingindo-o *ab initio*, portanto retroativamente. Vale dizer: a anulação, com frequência, mas não sempre,[88] opera *ex tunc*, isto é, desde então. Fulmina o que já ocorreu, no sentido de que são negados hoje os efeitos de ontem.[89] Mais além voltaremos com maior detença ao tema dos efeitos da invalidação e dos casos em que opera *ex nunc* (n. 173).

Isto significa recusar validade ao que já se passou. Mas é claro que nem por isso se está invadindo o passado (tarefa impossível até para o Direito), pois é no presente que se recusa validade aos efeitos pretéritos.

De todo modo, percebe-se, neste passo, uma diferença nítida entre os efeitos da invalidação e os da revogação. Enquanto a invalidação muitas vezes suprime seu objeto retroativamente, eliminando as situações passadas, a revogação as respeita, pois apenas lhes tolhe o seguimento para o futuro.

87. *DJU* 6.10.1995, p. 33.135.

88. Nisto modificamos a posição que até a 16ª edição mantínhamos sobre o assunto.

89. Podem ocorrer casos, em nome do princípio da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa, em que se ressalvam da eliminação alguns efeitos pretéritos de atos nulos e anuláveis.

Classificação da invalidade segundo a doutrina brasileira

150. A ausência de leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos propiciou que surgissem três diferentes posições quanto aos atos inválidos no Direito Administrativo brasileiro.

A) Alguns entendem que o vício acarreta sempre a nulidade do ato. É a posição de Hely Lopes Meirelles, por exemplo.[90]

B) Outros, como Tito Prates da Fonseca[91] e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[92] sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo. De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que:

a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente;

b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados sob provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou *ex officio* pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta arguição pelos interessados para serem fulmináveis;

c) os atos nulos só prescrevem *longi temporis*, enquanto os anuláveis prescrevem *brevi temporis*.

C) Seabra Fagundes[93] defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressalvando, todavia, que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vício nem quanto aos efeitos deles.

Todos negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos atos nulos.

151. Estribam-se os partidários da primeira corrente em dois argumentos centrais. Pretendem que a distinção do Direito Privado entre atos anuláveis e nulos apoia-se em que os primeiros ofendem interesses privados, disponíveis pelas partes, e os segundos, interesses públicos, indisponíveis. Daí sua inaplicabilidade ao Direito Administrativo, pois a inviabilidade do ato administrativo ofenderá sempre um interesse público e por isso coincidirá com a nulidade.

90. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., 2012, pp. 182 e 208 e ss.

91. In *Revista de Direito* 13/45-69.

92. *Princípios Gerais* ..., cit., pp. 651 e ss.

93. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, pp. 60 e ss.

Ademais, o princípio da legalidade administrativa opor-se-ia à mantença de atos ilegítimos.

152. Seabra Fagundes, ante a distinta função da teoria das nulidades nos dois ramos do Direito, também rejeita a dicotomia encontradiça no Direito Privado. Observa que neste a finalidade é sobretudo "restaurar o equilíbrio individual violado"; daí serem limitados os interesses atingidos pela fulminação do ato. Pelo contrário, no Direito Público são afetados múltiplos sujeitos e interesses. Então, o interesse público ferido por ato ilegítimo às vezes sê-lo-ia mais gravemente com a fulminação retroativa do ato ou até mesmo com sua supressão.

Aduz que os casos de nulidade e de anulabilidade previstos no Código Civil,[94] pelas próprias razões expostas, são inadaptáveis ao Direito Administrativo e que as consequências dos tipos de vício também não podem ser transpostas. Conclui que a gravidade do vício deve ser apurada *concretamente* em face da repercussão sobre o *interesse público* – o que impede a catalogação *a priori* cogitada no Direito Civil. À luz destas observações, indica que os atos se apresentarão no Direito Administrativo como absolutamente inválidos (ou nulos), relativamente inválidos (ou anuláveis) ou apenas irregulares (defeitos leves), geralmente com defeito de forma. Os primeiros são fulmináveis com supressão total dos efeitos. Nos segundos ressalvam-se os efeitos passados ou alguns deles. Os terceiros perduram.

153. Quanto a nós, sem negar as premissas de ambas as correntes, discordamos das conclusões. Aceitamos que há atos nulos e anuláveis, acompanhando nisto a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições, aliás, permeiam visivelmente todo o exame a que se procedeu dos atos administrativos.

Entretanto, parece-nos que há, além deles, uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de "conversão".

Além disto, existe direito de resistência contra eles. São os que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de "atos inexistentes".[95]

94. O autor, obviamente, estava reportado ao monumento jurídico (e de expressão vernácula) que era o Código anterior; mas suas razões persistiriam as mesmas diante deste outro, ora vigente.

95. Nisto reformulamos nosso pensamento sobre os tipos de atos inválidos expressado até a 3ª edição deste livro (1992), retomando a linha de pensamento que já

Consistem em comportamentos que correspondem a *condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.*

Princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não, porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento. É que os diversos institutos nele compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.

Com efeito, nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tais princípios "se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico", traduzindo um "mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira", de sorte que se constituem nas "teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado", conquanto não se achem necessariamente expressadas em texto legal específico.[96]

Anote-se que a expressão "atos inexistentes" é polissêmica, por ser igualmente prestante para designar, além dos que vimos de qualificar como tal, também: a) atos inconclusos, como ocorreria com um ato complexo não integrado pelas declarações de mais de um órgão (por exemplo, decreto presidencial publicado sem a assinatura de um Ministro de Estado, requisito constitucional indispensável para a integração de tal ato); b) atos cujo objeto seja materialmente impossível, como, por exemplo, a nomeação de alguém já falecido. Lafayette Pondé, como antes registramos (n. 29), nos oferece ainda outros exemplos.

Os atos aqui nominados como inexistentes encontram-se *fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito*. No Direito Privado serviriam de exemplo um contrato de exploração de lenocínio ou o ajuste para que alguém mate determinado indivíduo. No Direito Administrativo valem como exemplos as seguintes hipóteses aventadas por Weida Zancaner, ao categorizar determinados atos como "absolutamente insanáveis": ordem de uma autoridade para que

havíamos, em outro tempo, manifestado (parecer "Prescrição de ato administrativo nulo", *RT* 504/37 e ss.).

96. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., pp. 420 e 421.

seu subordinado torture um preso, autorização para que alguém explore trabalho escravo, licença para que um estabelecimento funcione como casa de lenocínio, autorização para que sejam saqueadas casas de devedores do Fisco etc.[97]

Tais atos merecem uma catalogação à parte, pois a distinção entre as diferentes espécies de atos viciados só faz sentido se a eles corresponderem diferentes tratamentos jurídicos, *de tal sorte que haverá tantas categorias quantos forem os distintos regimes a que se submetem.*

Assim, em nosso entender são categorizáveis como inválidos (a) os atos inexistentes, (b) os atos nulos e (c) os atos anuláveis.

Registramos, ainda, que parece-nos existirem também – *embora não como atos inválidos* – os assim chamados atos "irregulares". Estes não são atos inválidos e a eles nos referiremos em seguida, antes mesmo de examinarmos as espécies "inexistentes", nulos e anuláveis.

Atos irregulares

154. Atos irregulares (v. ns. 55 e 56) são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. Seria a hipótese, *e.g.*, de expedir-se um ato através de "aviso", inobstante a lei previsse que deveria sê-lo, "por exemplo", mediante "portaria".

Tais regras cumprem *meramente funções internas de uniformização*; não têm, pois, qualquer relevância em relação à segurança e ao conteúdo do ato, à publicidade dele ou às garantias do administrado. Servem apenas à metodização dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos, isto é, à qualificação das diversas "fórmulas" expressivas dos distintos atos administrativos. Assim, as regras atinentes a tal aspecto não têm relevância jurídica externa, mas puramente interna, razão pela qual a violação delas só pode acarretar sanções administrativas para os agentes que as desatenderam, mas em nada interfere com a validade do ato.

97. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 3ª ed., 2008, p. 118.

É bem de ver que só se estará perante ato meramente irregular se a substituição de uma fórmula por outra em nada afetar a publicidade do ato, os prazos de impugnação ou quaisquer aspectos interferentes com a garantia de direitos dos administrados.

Comentários às diferentes teorias

155. A diferente função da teoria das nulidades no Direito Privado e no Direito Administrativo reclama, sem dúvida, tratamentos distintos. Sem embargo, tal circunstância não se incompatibiliza com a distinção entre atos nulos e anuláveis, nem com o fato de que a diversidade de tratamento jurídico que lhes corresponda seja similarmente adotada em ambos os ramos do Direito. Já, os atos inexistentes, estes, sim, podem ser vistos com peculiaridades só concebíveis no Direito Público.

A categorização dos vícios no Direito Público e no Direito Privado é que apresenta distinções mais acentuadas; já, as consequências, inobstante alguma desigualdade, são muito próximas.

156. Seguindo, neste lanço, ao menos em parte, o magistério de Antônio Carlos Cintra do Amaral,[98] aderimos à sua tese de que é critério importantíssimo (para o autor tal critério é simplesmente decisivo) para distinguir os tipos de invalidade a possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato. Por isso, aliás, o autor citado prefere rejeitar a terminologia "nulos" e "anuláveis", cifrando-se às expressões atos "convalidáveis" e atos "não convalidáveis".

Entretanto, dado o fato de que reconhecemos a existência de atos que poderiam ser denominados de "inexistentes", conforme esclarecido no n. 153 (para aproveitar terminologia já conhecida), entendemos que a possibilidade de convalidação aparta, de um lado, atos anuláveis (que são suscetíveis de convalidação) e, de outro lado, os "inexistentes" e nulos (que são insuscetíveis de convalidação).

157. É de notar que a convalidação, ou seja, o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, em nada se incompatibiliza com interesses públicos. Isto é: em nada ofende a índole do Direito Administrativo. Pelo contrário.

98. *Extinção dos Atos Administrativos*, dissertação de Mestrado, São Paulo, Ed. RT.

Exatamente para bem atender a interesses públicos é conveniente que a ordem normativa reaja de maneiras díspares ante diversas categorias de atos inválidos.

O excelente administrativista Ricardo Marcondes Martins, nas conclusões de preciosa monografia sobre atos administrativos, faz, entre elas, a seguinte importantíssima observação: "Para editar um ato administrativo, o agente público deve efetuar a *ponderação* dos princípios incidentes. *Com a edição do ato inválido modificam-se as circunstâncias fáticas e jurídicas*; consequentemente, para a correção do ato há necessidade de uma nova ponderação. O resultado dessa nova ponderação indica se ainda é possível a correção e, não tendo ocorrido a estabilização do vício, qual o meio de correção deve ser utilizado pelo agente".[99] Em suma: a invalidação é uma possibilidade, mas não a única.

O grau de intolerância em relação a categorias de atos inválidos

158. O grau de intolerância em relação a eles há de ser compassado com o tipo de ilegitimidade. Se esta é suscetível de ser sanada, recusar-lhe em tese a possibilidade de suprimento é renegar a satisfação de interesses públicos em múltiplos casos.

Com efeito, muitas vezes na relação administrativa estarão em pauta interesses privados puramente patrimoniais dos indivíduos e que são interesses *disponíveis*. Pode coincidir com o interesse público legalmente assinado o *convalescimento* de um ato expedido com desconhecimento de direitos do particular se este manifestar ulteriormente sua aquiescência ou se a Administração corrigir o vício retroativamente antes de o interessado resistir ao ato ou impugnar-lhe o vício.

Além disso, como bem o ensina o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[100] não é desprezável a hipótese de um agente administrativo praticar ato no exercício de competência *discricionária* sob coação (vício de vontade) e ulteriormente concluir ser aquela a providência adequada desde a origem. Por que negar-lhe a possibilidade de ratificar retroativamente o ato?

99. Ricardo Marcondes Martins, *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 665 (o segundo destaque é nosso).

100. *Princípios Gerais* ..., cit., vol. I, p. 656.

Ademais, há vícios que pouco ou quase nada afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito. É o caso dos defeitos de competência nos *atos de conteúdo vinculado*. Ao particular é quase indiferente seu autor e ao interesse público importa pouco esta autoria, pois as regras de competência estão postas, neste caso, em razão de objetivos de organização técnico-administrativa e não em atenção ao bem jurídico a ser atendido.

159. Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no Direito Administrativo.

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalescimento dos atos inválidos.

160. De todo modo, não há negar que um ato padecente de vício é invalidável. A possibilidade de convalidação irá categorizá-lo na classe dos anuláveis, em oposição aos nulos e aos inexistentes, no sentido esclarecido no n. 153, mas a menor gravidade do vício não pode significar imunidade contra eventual fulminação. Em suma: qualquer ato inválido é ou não convalidável, mas entre os não convalidáveis alguns são nulos e outros inexistentes, porque estes últimos, como ao diante se dirá, diferem dos nulos tanto porque são insuscetíveis de prescrição quanto porque perante eles existe um "direito de resistência".

Dada a importância que se atribui à convalidação como critério para distinguir entre dois grandes grupos de atos viciados (anuláveis, de um lado, e nulos e inexistentes, de outro), é imprescindível esclarecer o significado e alcance deste instituto.

Convalidação

161. A *convalidação* é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado.

Quando promana da Administração, esta corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de *forma consonante com o Direito* aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas com uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado.

É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato *possa ser produzido validamente* no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser *legitimamente produzidos*.

162. A Administração não pode convalidar um ato viciado *se este já foi impugnado*, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há, entretanto, uma exceção. É o caso da "motivação" de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação. Deveras, em tal caso, a providência tomada *ex vi legis* não poderia ser outra (cf. n. 34).

A convalidação também não pode ter o efeito de expor os administrados que no passado infringiram as disposições do ato viciado a sanções decorrentes desta infringência. É que o descumprimento do ato viciado corresponde à impugnação dele por via de resistência. Ora, conforme deixou-se assinalado, não se pode convalidar um ato que já foi impugnado, com ressalva da exceção referida.

163. A convalidação pode provir de um ato do particular afetado. Ocorre quando a manifestação deste era um pressuposto legal para a expedição de ato administrativo anterior que fora editado com violação desta exigência. Serve de exemplo, trazido à colação por

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[101] o pedido de exoneração feito por um funcionário depois do ato administrativo que o exonera "a pedido" e manifestado com o propósito de legitimá-lo.

Quando a convalidação procede da mesma autoridade que emanou o ato viciado, denomina-se *ratificação*. Se procede de outra autoridade, trata-se de *confirmação*. Quando resulta de um ato de particular afetado, parece bem denominá-la simplesmente de *saneamento*.

164. Não se deve confundir convalidação com a *conversão* de atos *nulos*. Pela *conversão*, quando possível, o Poder Público trespassa, também com efeitos retroativos, um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido. De conseguinte, ao contrário da convalidação, em que o ato inválido tem salvaguardados os *mesmos* efeitos, na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível. Serve de exemplo, aventado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a conversão de uma nomeação em caráter efetivo para cargo de provimento em comissão em nomeação em comissão.[102] Atos inexistentes jamais podem ser objeto de conversão.

Convalidação e invalidação: poder ou dever?

165. Perante atos inválidos a Administração Pública não tem discrição administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo. Finalmente, não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar, ressalvada uma única hipótese: tratar-se de *vício de competência em ato de conteúdo discricionário*. Neste único caso, cabe ao superior hierárquico, a quem competiria expedi-lo, decidir se confirma o ato ou se reputa inconveniente fazê-lo, quando, então, será obrigado a invalidá-lo.

166. Acompanhamos, pois, na matéria, os ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zancaner.[103] Cifamo-nos, aqui, a sintetizar sua valiosa orientação, que assim se pode exprimir:

101. *Princípios Gerais* ..., cit., vol. e pp. cits.

102. *Princípios Gerais* ..., cit., vol. I, p. 663.

103. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

I – sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressalvando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário;

II – sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado *já esteja estabilizada* pelo Direito. Em tal caso, *já não mais haverá situação jurídica inválida* ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito "prescricional", para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados (cf. n. 80) e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.[104]

Exemplificaria tal hipótese o loteamento irregularmente licenciado cujo vício só viesse a ser descoberto depois de inúmeras famílias de baixa renda, que adquiriram os lotes, haverem nele edificado suas moradias.

167. As asserções feitas estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o princípio da boa-fé – sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé.

104. No que atina a esta hipótese de estabilização (situação prevista na letra "b) nosso entendimento não é sufragado pela administrativista citada.

168. Sendo certo, pois, que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação. Acresce que discricionariedade decorre de lei, e não há lei alguma que confira ao administrador livre eleição entre convalidar ou invalidar, conforme oportuna advertência sublinhada por Weida Zancaner, em seu estudo precitado.

Cumpre registrar que a Lei federal 9.784, de 29.1.1999, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal", assim como a congênere lei paulista, que, de resto, lhe é anterior, a Lei estadual 10.177, de 30.12.1998, *recusam caráter obrigatório* à convalidação nos casos em que caiba. Colocam-na, pois, como uma faculdade da Administração (arts. 55 da primeira e 11 da segunda). Estamos em crer, todavia, que tal solução não pode juridicamente prevalecer.

Não se trata, aqui, evidentemente, de pretender sobrepor uma opinião a dicções legais, mas de questionar a constitucionalidade de preceptivos de leis. O ordenamento jurídico, como se sabe, também é integrado por *princípios gerais de Direito* que, em alguns casos pelo menos, informam a própria compostura nuclear da Constituição. O princípio da segurança jurídica certamente é um deles. Destarte, quando em um tema específico dois princípios jurídicos de estatura constitucional concorrem em prol de uma solução (na hipótese vertente, o da restauração da legalidade – que a convalidação propicia, como visto – e o da segurança jurídica), o legislador infraconstitucional não pode ignorá-los e adotar diretriz que os contrarie, relegando a plano subalterno valores que residem na estrutura medular de um sistema normativo.

Isto posto, cumpre tão só esclarecer por que nos atos de conteúdo discricionário, praticados por agente incompetente, a autoridade administrativa competente para restaurar a legalidade pode, a seu juízo, convalidar ou invalidar. A razão é simples. Sendo discricionário o conteúdo do ato, quem não o praticou não poderia ficar compelido a praticá-lo com fins de convalidação.

Identificação dos atos inexistentes, dos nulos e dos anuláveis

169. Em face do quanto se expôs, dir-se-ão *inexistentes* os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes que atentem contra a dignidade humana, como referido nos ns. 129 e 163, valendo como exemplos as hipóteses, já referidas, de "instruções" baixadas por autoridade policial para que subordinados torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do Fisco ou para que alguém explore trabalho escravo etc.

170. São *nulos*:

a) os atos que a lei assim os declare;

b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior.

Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa.

171. São *anuláveis*:

a) os que a lei assim os declare;

b) os que podem ser repraticados sem vício.

Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade.

Regime dos atos inválidos

172. Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não *deveriam* ser produzidos. Por isso não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. Podem produzi-los até mesmo *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém o impugnar.

É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos *nulos* e os *anuláveis*,

mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, *respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé*. É o que sucede quanto aos atos praticados pelo chamado "funcionário de fato", ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público.

173. Aliás, cumpre aqui discutir os efeitos da invalidação,[105] buscando-se saber se ela sempre, ou nem sempre, tem efeitos *ex tunc* e o que determinará se seus efeitos serão desta espécie ou se e quando serão *ex nunc*.

Reformulando o entendimento que sempre adotamos na matéria, pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do ato administrativo – entre atos *restritivos* e atos *ampliativos* da esfera jurídica dos administrados, discrímen, este, que funda uma dicotomia básica, influente sobre inúmeros tópicos do Direito Administrativo (como,

105. No texto pusemos em causa somente uma das discussões possíveis quanto aos efeitos do ato invalidador (se serão *ex tunc* ou *ex nunc*). Fizemo-lo por sua óbvia repercussão prática. Aqui, em rodapé, referiremos outras questões puramente teóricas. A primeira delas concerne ao caráter "constitutivo" da invalidação, em que será preciso, desde logo, indagar em que sentido esta expressão estará sendo empregada, para evitar, como muitas vezes ocorre, sermos traídos pela palavra. Assim, começaremos por observar que, ao nosso ver, é importante distinguir duas coisas: (a) a circunstância de algo ser inválido, isto é, produzido em desconformidade com o previsto pelo Direito e (b) o fato de um órgão habilitado pelo Direito, ao reconhecer que algo é inválido, atribuir consequências jurídicas correspondentes ao sobredito reconhecimento, produzindo, então, só a partir daí, efeitos jurídicos imputáveis à invalidação. Conforme entendemos, a invalidade é o pressuposto jurídico da invalidação. Se não se aceita que ela preexiste à invalidação, o juiz não poderá invalidar o ato viciado, pois não se pode invalidar um ato válido. Se o juiz o fizesse, no exercício de mister jurisdicional, estaria pura e simplesmente efetuando uma revogação – para a qual não está, de direito, habilitado. Pode-se, todavia, dizer que a invalidação é "constitutiva" no sentido de que, a partir dela é que surtirão efeitos correspondentes aos da invalidade. O que se constitui, então, não é (diversamente do que entendia Kelsen) a invalidade do ato, mas os efeitos de negar aplicação às consequências até então reconhecidas como pertinentes ao ato invalidado. Entendemos, ainda – e é esta uma segunda questão teórica –, que quaisquer outros efeitos que se considere desencadeáveis a partir da invalidação, como por exemplo, o de proteger a situação de terceiros de boa-fé, resultam do *próprio ato invalidador*, o qual faz desencadear consequências previstas em lei, operando, nisto, à moda do que parte da doutrina administrativista italiana chama de "meros" ou "puros" atos jurídicos, categoria que – tal como o fazem os civilistas – opõem aos "negócios jurídicos" (vide ao respeito, por exemplo, Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Giuffrè, 1960, p. 269).

por exemplo, o da eficácia dos atos administrativos – sua imperatividade e executoriedade –, o dos princípios do procedimento administrativo, o da teoria da vontade do particular no ato administrativo, o da coisa julgada administrativa ou o das consequências da invalidação).

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais *restritivos* da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais *ampliativos* da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.

Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente.

Assim, *v.g.*, se alguém é nomeado em consequência de concurso público inválido, e por isto vem a ser anulada a nomeação dele decorrente, o nomeado não deverá restituir o que percebeu pelo tempo que trabalhou. Nem se diga que assim há de ser tão só por força da vedação do enriquecimento sem causa, que impediria ao Poder Público ser beneficiário de um trabalho gratuito. Deveras, embora não compareça tal fundamento, a solução haverá de ser a mesma se alguém é permissionário de uso de um bem público e mais tarde vem-se a descobrir que a permissão foi invalidamente outorgada. A invalidação deverá operar daí para o futuro. Descaberia eliminar retroativamente a permissão; isto é: o permissionário, salvo se estava de má-fé, não terá que devolver tudo o que lucrou durante o tempo em que desfrutou da permissão de uso do bem.

As soluções indicadas – ressalte-se – não interferem com outro tema, qual o da cabível responsabilização do agente público que haja operado de má-fé em um ou outro caso, independentemente da boa ou má-fé do administrado.

Invalidação e dever de indenizar

174. Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações:

a) casos em que a invalidação do ato ocorre *antes de o administrado incorrer em despesas* suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável;

b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, *já desenvolveu atividade dispendiosa*, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, *se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado*, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas como, *a fortiori*, hão de ser respeitados efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se também que, se o administrado está a descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderá eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administra-

tivos gozam de *presunção de legitimidade*. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar.

Aliás, a solução que se vem de apontar nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, no qual o princípio da responsabilidade do Estado (v. Capítulo XX) está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos *lícitos* (como o seria a correta fulminação de atos inválidos).

Direito de resistência contra atos inválidos

175. Costuma-se dizer que os atos nulos, diversamente dos anuláveis, podem ser ignorados e desobedecidos por quaisquer pessoas. Trata-se de outro equívoco.

O necessário é distinguir duas espécies de resistência: a resistência simples, em que alguém meramente deixa de cumprir uma determinação administrativa, e a resistência *manu militari*, na qual o administrado opõe *força física* à execução material de um ato procedida pela Administração. Nesta última hipótese, a resistência pode causar verdadeira ruptura do mínimo de ordem e paz social. Reconhecer direito de resistência com tal compostura seria erigir o administrado em árbitro, conquanto provisório, da legitimidade do ato administrativo.

Já, quando alguém desobedece a um ato administrativo por mero descumprimento do que nele está determinado, evidentemente o faz por sua conta e risco. Seja inválido por nulo ou inválido por *anulável*, não há diferença alguma nesta resistência ao ato. O que o administrado resistente estará fazendo é *antecipar um juízo que será feito posteriormente pelo Judiciário sobre a invalidade do ato*. Se os juízos a final se revelarem coincidentes, a resistência será havida como legítima; se se revelarem descoincidentes, a resistência será havida como ilegítima. Não interfere para nada a questão de o ato ser nulo ou anulável.

176. Em suma: não há garantia de um direito à resistência, por descumprimento, contra atos que *poderão vir a ser declarados inválidos*. Também não há uma sanção pela resistência *passiva* a atos que

vierem a ser declarados inválidos. Quando um particular desatende a um ato administrativo o faz, como se disse, por sua conta e risco, pois a qualificação do ato como inválido perante o Direito Positivo só vai ser definida *a posteriori*, isto é, quando houver um pronunciamento do órgão jurisdicional, único que possui competência para dizer em definitivo se o ato era ou não inválido. A resistência *passiva* perante um ato administrativo *válido* ou *inválido* (quando *nulo* ou *anulável*) do ponto de vista jurídico *tem o mesmo caráter no momento em que esteja ocorrendo*. A diferença de consequências jurídicas só vai surgir depois: quando houver invalidação do ato pela própria Administração ou decisão judicial que declare a invalidade do ato a que se resistiu. Entretanto, a resistência *manu militari* a atos *nulos* ou *anuláveis* é, em si mesma, um elemento de perturbação da ordem e da paz social, e, por isto mesmo, ilegítima.

177. Já, com relação aos atos *inexistentes*, por se constituírem em comportamentos que prescrevem a prática de crimes e expõem o administrado a sofrê-los, há de ser aceito irrestritamente, isto é, até mesmo *manu militari*, o direito de resistência da vítima.

XVIII. Regime jurídico dos atos inexistentes, dos nulos e anuláveis: comparação

178. Pode-se dizer, então, que, enquanto os atos nulos e anuláveis, de par com aspectos diferenciais em seus regimes, possuem aspectos comuns significativos (como logo se verá), os atos inexistentes têm regime sempre muito distinto do regime dos atos nulos e anuláveis porque, diversamente deles:

a) são imprescritíveis;

b) jamais podem ser convalidados, ao contrário dos atos anuláveis, e jamais podem ser objeto de "conversão", ao contrário dos atos nulos, pois estes últimos, em algumas hipóteses, podem ser "convertidos" em outros atos;

c) é cabível direito de resistência, inclusive *manu militari*, contra eles, diferentemente do que ocorre com os atos nulos e anuláveis;

d) uma vez proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados efeitos pretéritos que hajam produzido.

179. Atos nulos e anuláveis sujeitam-se a regime igual quanto:

a) à persistência de efeitos em relação a terceiros de boa-fé, bem como de efeitos patrimoniais pretéritos concernentes ao administrado

que foi parte na relação jurídica, quando *forem necessários para evitar enriquecimento sem causa da Administração e dano injusto ao administrado, se estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato*;

b) à resistência que os administrados lhes oponham;

c) à eliminação de seus efeitos, uma vez declarada a invalidade, a qual opera do mesmo modo. A saber: se o ato fulminado era restritivo de direitos, a eliminação é retroativa; se o ato fulminado era ampliativo de direitos, a eliminação produz efeitos *ex nunc*, isto é, desde agora, salvo se demonstrável a má-fé do beneficiário do ato ilegal, com ou sem conluio com o agente público que o praticou. Nisto, pois, modificamos a opinião (expressada até a 16ª edição deste livro) de que a invalidação sempre produziria efeitos *ex tunc*.

180. Atos nulos e anuláveis apresentam regime jurídico diferente quanto a:

a) possibilidade de convalidação. Só os anuláveis podem ser convalidados; os nulos não; estes podem, apenas – e quando a hipótese comportar –, ser "convertidos" em outros atos;

b) arguição do vício que possuem. No curso de uma lide o juiz pode pronunciar de ofício ou sob provocação do Ministério Público (quando a este caiba intervir no feito) a nulidade de ato gravado deste vício mesmo que o interessado não a argua. O vício do ato anulável só pode ser conhecido se o interessado o arguir.

Não mais sustentamos, como o fizemos até a 11ª edição deste livro, que também se distinguiriam quanto aos prazos de prescrição para o Estado invalidar seus próprios atos ou impugná-los em juízo. Dantes assumíamos a lição segundo a qual, tal como no Direito Privado, seriam prazos longos para os atos nulos e mais breves para os anuláveis. Revendo tal entendimento, conforme razões expostas no Capítulo XXI, n. 12, parece-nos que a regra geral – isto é, na falta de disposição específica que estabeleça de modo diverso – é que o prazo prescricional ou decadencial para que o Poder Público invista contra atos nulos e anuláveis é o mesmo: cinco anos. Anote-se que a Lei federal 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 54, § 1º, sem estabelecer distinção alguma entre atos nulos e anuláveis, estabelece que o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em *cinco anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Assim, é forçoso reconhecer que se atenua a distinção entre atos nulos e anuláveis. Como a lei não indica o prazo prescricional nos casos

de comprovada má-fé, a solução terá de ser buscada na regra geral do art. 205 do Código Civil, o qual prevê o prazo de 10 anos.

Já com relação à prescrição "dos direitos e ações contra a Fazenda Pública", não haveria mesmo de cogitar sobre qualquer diferença entre nulos e anuláveis. Como bem observou Régis Fernandes de Oliveira,[106] não se pode fundar qualquer distinção de efeitos entre atos nulos e anuláveis quanto à prescrição da ação de terceiros contra a Fazenda. É que o Decreto 20.910, de 6.1.1932, firmou regra geral, estabelecendo-a em 5 anos, sem fazer caso algum de serem nulos ou anuláveis os atos que se queira impugnar. A jurisprudência concluiu que serão 5 anos nos casos de ações pessoais e 20 anos nos casos de ações reais, também sem distinguir entre atos nulos e anuláveis.

181. O autor citado, todavia, conclui que é imprescritível o direito da Fazenda de opor-se aos seus próprios atos, por si mesma ou em juízo, quando inexista previsão legal específica estabelecendo-a. Discordamos. O estado de pendência eterna parece-nos incompatível com o objetivo nuclear da ordenação jurídica, que é a ordem, a estabilidade. Tal imprescritibilidade só pode ocorrer em relação aos atos que denominamos de *inexistentes* (cf. ns. 139, 153 (sobretudo), 156, 169 e 178).

XIX. Diferenças entre revogação e invalidação

182. As diferenças fundamentais entre a revogação e a invalidação podem ser resumidas no seguinte quadro:

	Sujeito	*Motivo*	*Extinção dos efeitos*
Revogação	Administração (autoridade no exercício de função administrativa)	Inconveniência ou inoportunidade do ato	Sempre *ex nunc* (não retroage)
Invalidação (anulação e invalidade)	Administração e Judiciário	Ilegitimidade do ato	*Ex tunc* ou *ex nunc*

106. *Ato Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1978, pp. 122 e 123.

Capítulo VIII

O PROCEDIMENTO (OU PROCESSO) ADMINISTRATIVO

I. Conceito de procedimento administrativo. II. Requisitos do procedimento. III. Importância do procedimento administrativo. Atualidade do tema. IV. Objetivos do processo ou procedimento. V. Espécies de procedimento. VI. Fases do processo ou procedimento. VII. Princípios do procedimento. VIII. Fundamentos constitucionais dos princípios do procedimento administrativo. IX. Obrigatoriedade da adoção de procedimento administrativo formalizado. X. O processo (ou procedimento) na legislação federal.

I. Conceito de procedimento administrativo

1. O tema do procedimento ou processo administrativo – que é, como se verá, dos mais importantes como instrumento de garantia dos administrados ante as prerrogativas públicas – tem despertado pouca atenção de nossos doutrinadores.[1] Ocorre que, até bem pouco,

1. Ao que saibamos, entre nós, até a sobrevinda da lei federal sobre processo administrativo, só havia recebido tratamento abrangente, isto é, estranho a suas específicas modalidades, em duas monografias: uma, a de Oliveira Franco Sobrinho (*Introdução ao Direito Processual Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1971), e outra de Alberto Pinheiro Xavier (*Do Procedimento Administrativo*, São Paulo, Bushatsky, 1976), que, já por isso, e por muito mais, são credores de homenagens. Entre os artigos que versaram o assunto devem ser salientados três excelentes trabalhos de Carlos Ari Sundfeld (in *RDP* 83/114 e ss., julho-setembro/1987, e 84/65 e ss., outubro-dezembro/1987, e *RF* 298/99 e ss.), cuja contribuição notável prazerosamente exalçamos, até porque neles encontramos precioso subsídio para as considerações adiante desenvolvidas. Ainda, após a lei federal, de se citar meritório estudo de Egon Bockmann Moreira (*Processo Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010), assim como a monografia do mais subido valor da lavra dos experimentados juristas Sérgio Ferraz e Adílson Dallari (*Processo Administrativo*, 3ª ed., Malheiros Editores, 2012). Sobre o processo administrativo disciplinar merece citação o valioso *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar* (São Paulo, Max Limonad, 1998), da lavra do ilustre Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho. Por último, vale

não havia uma lei geral sobre processo ou procedimento administrativo, nem na órbita da União, nem nas dos Estados ou Municípios. Existiam apenas normas esparsas concernentes a um ou outro procedimento, o que, por certo, explica, ao menos em parte, esta discreção sobre o tema.

Só no início de 1999 foi editada, para a esfera federal, a Lei 9.784, de 29 de janeiro, que: "Regula o *processo* administrativo no âmbito da Administração Pública Federal".[2] No final do ano anterior, no Estado de São Paulo já surgira a Lei 10.177, de 30.12.1998, cuja ementa, correspondentemente, reza: "Regula o *processo* administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual".[3] Na verdade, precedendo a ambas existe uma lei, tanto quanto saibamos pioneira, que é a lei complementar do Estado de Sergipe, n. 33, de 26.12.1996, a qual: "Institui o Código de Organização e de *Procedimento* da Administração Pública do Estado de Sergipe".[4] Já nestas ementas se vê a discórdia sobre o termo adequado para referir o objeto em causa: "processo ou procedimento". Sobre isto volver-se-á logo além.

2. Procedimento administrativo ou *processo administrativo* é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como "autonomia relativa". Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos coparticipam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam.

uma referência encomiástica ao excelente livro de Mônica Toscano Simões, que é voltado para o *iter* da invalidação (*O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados*, Malheiros Editores, 2004).

2. A elaboração da minuta do projeto de lei foi efetuada por comissão composta por ilustres administrativistas, sob a presidência do eminentíssimo Prof. Caio Tácito.

3. A elaboração da lei paulista é grande devedora do Prof. Carlos Ari Sundfeld.

4. Participaram ativamente do preparo da aludida lei, entre outros distinguidos publicistas, os ilustres Profs. sergipanos Carlos Ayres Brito, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, e Sérgio Monte Alegre.

Temos, até o presente, nos referido a procedimento ou processo porque os autores e até as leis mencionadas divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno. Não há negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um "julgamento administrativo", como ocorre no "processo tributário" ou nos "processos disciplinares dos servidores públicos". Não é o caso de armar-se um "cavalo de batalha" em torno de rótulos. Sem embargo, cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é "processo", sendo "procedimento" a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou ao menos muito possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no país a linguagem "processo". Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição ("procedimento") e em favor de outra a recente terminologia legal ("processo"), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra.

Trataremos do tema, inicialmente – e de modo mais amplo –, em linha teórica; a seguir, arrecadaremos os subsídios constitucionais pertinentes e, ao final, daremos notícia daquilo que há de mais importante na Lei federal 9.784.

3. É certo, como bem salienta Carlos Ari Sundfeld, que entre a lei e o ato administrativo existe um intervalo, pois o ato não surge como um passe de mágica. Ele é o produto de um processo ou procedimento através do qual a possibilidade ou a exigência supostas na lei em abstrato passam para o plano de concreção.[5] No procedimento ou processo se estrutura, se compõe, se canaliza e a final se estampa a "vontade" administrativa. Evidentemente, existe sempre um *modus operandi* para chegar-se a um ato administrativo final.

Assim, não é difícil perceber que um procedimento sempre haverá, pois o ato, como dito, não surge do nada. Tal procedimento – isto, sim – terá sido *mais ou menos amplo, mais ou menos formalizado, mais ou menos acessível aos administrados, mais ou menos respeitador de exigências inadversáveis do Estado de Direito ou de regras explícitas do ordenamento positivo*. Sua ocorrência é indubitosa, exista ou não uma lei geral de processo ou procedimentos administrativos.

5. "A importância do procedimento administrativo", *RDP* 84/65.

4. O reconhecimento de que haverá sempre um *iter* – inclusivo de começo, meio e fim – necessário, de direito, para o despertar e o concluir das manifestações estatais levou autores da maior qualificação intelectual a reconhecerem que processo e procedimento não são patrimônio exclusivo, monopólio (para referirmo-nos às expressões usualmente utilizadas) da função jurisdicional. Existem também nas funções legislativa e administrativa, permitindo até que se fale, hoje, em um Direito Processual Administrativo.

5. Merkel, autor a quem se atribui o mais relevante papel no exaltar-lhe a importância em análise referenciada ao Direito Administrativo, servia-se da terminologia "processo" para denominar tal itinerário sequencial. Este notável mestre, já em 1927, demonstrava com incontendível lógica e inobjetável procedência que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo. São suas as seguintes palavras: "Todas as funções estatais e, em particular, todos os atos administrativos são metas que não podem ser alcançadas senão por determinados caminhos. Assim, a lei é a meta a que nos leva a via legislativa e os atos judiciais e administrativos são metas a que nos conduzem o procedimento judicial e o administrativo". Pouco além, aduziu: "A teoria processual tradicional considerava o 'processo' como propriedade da Justiça, identificando-o com o procedimento judicial (...) não é sustentável esta redução, porque o 'processo', por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais (...)". Linhas acima observara que o fenômeno processual existe quando "o caminho que se percorre para chegar a um ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas também o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual".[6]

Aliás, a primeira monografia sobre o tema, que é de Tezner, jurista austríaco tal como Merkel, data de 1923 e usa também a expressão "processo".[7]

6. *Teoría General del Derecho Administrativo*, trad. mexicana, São Paulo, Nacional, 1975, pp. 278 e ss.

7. O primeiro Código de Procedimento, segundo opinião corrente, é do país de origem destes autores: a Áustria. Foi produzido em 1925. Em 1928 surgiram os Códigos polonês e tcheco-eslovaco, e em 1930 o iugoslavo. Foram os primeiros países a ter um Código de Processo ou Procedimento Administrativo, influenciados pelo império austro-húngaro. Tomás-Ramón Fernández, contudo, indica que a precedên-

6. Carnelutti igualmente disse que o processo não é privativo da função jurisdicional, assim como também não o é o procedimento, ambos se estendendo ao campo das funções legislativa e administrativa.[8] Bartolomé Fiorini, outrossim, afirma que de há muito está superada a ideia de que as noções de processo e procedimento são próprias da órbita judicial. Aplicam-se a todas as funções do Estado.[9] Royo Villanova observa que todas as funções do Estado não apenas têm de aplicar o Direito substancial, mas devem fazê-lo segundo certos trâmites e formas, de maneira a que a legalidade se realize por inteiro.[10]

7. A ideia, de resto simplicíssima, que está por detrás destas afirmações é a de que, tal como na esfera judicial, para produzir-se o ato próprio de cada função não se requer apenas consonância substancial dele com a norma que lhe serve de calço, mas também com os meios de produzi-la. Com efeito, no Estado de Direito os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, *mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto.*

É no *modus procedendi*, é, em suma, na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como consectário inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo – que ampliou seus objetivos e muniu-se de poderes colossais –, a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, *mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los.*

cia, na matéria, assiste a uma lei espanhola de 1889 (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Madri, Civitas, 1981, p. 386).

8. Cf. Héctor Escola, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 8-9.

9. *Procedimiento Administrativo y Recurso Hierárquico*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 14.

10. *Elementos de Derecho Administrativo*, 25ª ed. corrigida e aumentada por Segismundo Royo Villanova, vol. II, Valladolid, ed. Santarén, 1960-1961, pp. 848-849.

É dizer: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do "modus procedendi" da Administração.

8. Assim, também, a cada finalidade administrativa correspondem medidas próprias, previamente admitidas pela lei e a serem alcançadas por uma via também estabelecida de antemão. É em decorrência do caráter funcional administrativo que a Administração deve buscar as finalidades legais através de um *itinerário*, de uma ordenação sequencial de atos, isto é, de *um processo e um procedimento*, a fim de que fique assegurado que a conclusão final administrativa, isto é, o ato derradeiro, resultou de uma trilha capaz de garantir que a finalidade legal foi, deveras, atendida e se possa controlar a ocorrência deste resultado.

Posto que o ato administrativo não surge do nada e não é aleatório, fortuito, para que se produza uma decisão final cumpre que a Administração haja sido provocada por alguém ou, então, se está a atuar de ofício, que haja ocorrido algum evento justificador de sua atuação. Este evento terá de ser verificado, sopesado e avaliadas as medidas cabíveis diante dele. Tudo isto supõe um conjunto de providências a serem documentadas e implicará, com grande frequência, sejam ouvidos os interessados, analisadas razões postas em cotejo, apurados fatos, consultados órgãos técnicos e expendidas considerações administrativas.

É esta totalidade que servirá como aval do ato ou – pelo contrário – que permitirá exibir seu descabimento. Como disse Renato Alessi, com muita propriedade, enquanto no âmbito da atividade privada os motivos, as razões, os fatores, inclusive os psicológicos, que determinam uma conduta são, de regra, irrelevantes, no Direito Administrativo, opostamente, têm forma e relevância externa,[11] pois é necessário saber-se como e por quê o administrador chegou à conclusão traduzida no ato. É mister que haja percorrido um *iter* que o autorizaria a chegar à decisão tomada.

9. Dizem eminentes mestres que esta sucessão de atos tendentes a uma finalidade é um *processo* e que há, sem dúvida, formas específicas de realizá-lo, isto é, aspectos externos dele, os quais constituem os *procedimentos*. Por força disto muitos sustentam, ao nosso

11. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1960, pp. 267 e ss.

ver com razão, consoante dantes dissemos, que o chamado procedimento administrativo melhor se denominaria "processo", por ter realmente esta natureza, o que, de resto, é exato.

Procedimento e ato complexo

10. Não se há de confundir o *procedimento* ou *processo administrativo* com os chamados "atos complexos". Nestes, "vontades" provenientes de órgãos diferentes consorciam-se em um *ato único*. Para dizê-lo com rigor técnico: há manifestações provindas de órgãos distintos que se fundem em uma só expressão, em um só ato, porquanto as "vontades" *não cumprem funções distintas*, tipificadas por objetivos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, de per si, identidade funcional autônoma na composição do ato. Tome-se como exemplo de ato complexo o decreto presidencial no Brasil.[12] Este, para existir de direito, demanda, além da assinatura do Presidente da República, a dos Ministros ou, pelo menos, a do Ministro da Pasta a que corresponda a matéria versada, conforme resulta de disposições constitucionais da mais vetusta tradição.[13] Há, pois, necessária expressão de órgãos distintos, cujas autoridades responsáveis consorciam suas manifestações para a existência do decreto, sem que, entretanto, ditas manifestações correspondam, cada qual, a um ato individualizado por identidade própria. Há apenas uma identidade: a do decreto.

Em monografia sobre o ato complexo, o eminente publicista italiano Mario Bracci[14] define o ato complexo como "uma declaração de vontade administrativa constituída pela fusão de algumas vontades administrativas dirigidas à realização de um único fim". Já, no procedimento, embora seus vários atos "muitas vezes não tenham relevância autônoma absoluta, na medida em que cumprem funções

12. Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, p. 541.

13. Constituição de 1824, art. 132; Constituição de 1891, art. 4º; Constituição de 1934, art. 60, "a"; Carta de 1937, art. 76; Constituição de 1946, art. 91, I; Carta de 1967, art. 87, I; Carta de 1969 (dita Emenda 1 à de 1967), art. 85, I. última parte; e Constituição de 1988, art. 87, I, última parte.

14. "La proposta in Diritto Amministrativo e dell'atto complesso", in *Diritto Amministrativo*, Siena, Felice Le Monier Editore, 1961 (reimpr. da ed. de 1927), pp. 108-110.

preparatórias, autorizativas ou executivas, miram, entretanto, um fim distinto daquele da ou das declarações principais de vontade e, à vista disso, devem ser delas ou dela distinguidas".

O correto, portanto, será dizer-se, com o mestre espanhol Tomás-Ramón Fernández, que o procedimento não é uma manifestação complexa de vontades, mas um complexo de atos.[15]

11. Em suma: no procedimento ou processo administrativo há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum à generalidade deles.

No ato complexo, diferentemente, há *um só ato*, que se forma pela conjunção de "vontades" de órgãos diferentes, sendo que ditas vontades estão articuladas em uma *única* finalidade, sem que caiba discernir outra que lhes fosse, como inerência, diversa da que reside no ato.

II. Requisitos do procedimento

12. Segundo Jesús Gonzáles Perez,[16] reputado monografista sobre o tema, são os seguintes os requisitos para que exista um procedimento: a) em primeiro lugar é necessário que cada um dos atos componentes da cadeia sequencial possua uma autonomia, uma individualidade jurídica, de sorte a conservar sua identidade própria, embora tal autonomia seja qualificada – como o é, por muitos autores – de "relativa", uma vez que, ainda que possuindo finalidades próprias, todos se encartam no plexo orientado para um resultado final, de maneira a integrar a *fattispecie*, conforme diz Pietro Virga;[17] b) em segundo lugar, estes vários atos têm que estar conectados em vista da unidade de efeito jurídico que se expressa no ato final; c) o terceiro requisito é o de que haja entre os vários atos uma *relação de causalidade* de tal modo que um "dado ato suponha o anterior e o ato final suponha a todos eles".

15. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Madri, Civitas, 1981, Capítulo XXII a cargo do segundo autor, p. 387.

16. *El Procedimiento Administrativo*, Madri, Publicaciones Abella, 1964, pp. 56 e 57.

17. *Il Provvedimento Amministrativo*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1968, p. 227.

III. Importância do procedimento administrativo. Atualidade do tema

13. Firmados estes pontos, vejamos agora a importância do procedimento.

Seu relevo decorre do fato de ser *um meio apto a controlar o "iter" de formação das decisões estatais, o que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a Sociedade.* Estas se alargaram e se intensificaram como fruto das profundas transformações ocorridas na concepção de Estado e, pois, das missões que lhe são próprias.

Com efeito, bem o anota Forsthoff,[18] em dado momento histórico a realidade social e, pois, também a econômica deixaram de ser consideradas pelo Estado como *um dado*. Ao contrário do que sucedia ao tempo do Estado Liberal, quando era escassa a intervenção pública no seio da Sociedade, a realidade social e econômica passou a ser havida como um *objeto* sobre o qual devia incidir a ação transformadora do Poder Público, tendo em vista o atingimento de finalidades havidas como prezáveis.

14. Tal mudança na maneira de encarar o papel do Estado resultou em enorme expansão de suas intervenções na esfera da liberdade e da propriedade dos indivíduos, as quais, é bem de ver, ficaram expostas a uma cópia fantástica de limitações e de ingerências dantes desconhecidas. O Poder Público assumiu a função de promotor das mais variadas iniciativas no campo social e econômico, exigindo dos particulares, demais disso, ajustamento de suas condutas aos desideratos absorvidos como finalidades coletivas. Este fenômeno, disseminado em todas as partes, no Brasil está francamente abrigado nas implicações do art. 170 da Carta Constitucional, onde se estatui que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)", cujas realizações, obviamente, fazem presumir uma atuação intensa e omnímoda.

18. Ernst Forsthoff, *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã por Michel Fromont, Bruxelas, Établissements Émile Bruylant, 1969, pp. 126 e 127.

Em face desta realidade moderna, o precitado Forsthoff observava, com grande clarividência, que *os mecanismos concebidos pelo Estado burguês para a defesa e garantia das liberdades individuais iriam se tornar insuficientes e inadaptados para enfrentar a problemática gerada pela dilatação e aprofundamento das intervenções na vida social e econômica.*[19]

15. Acresça-se que, ao lado destas poderosas razões ideológicas, parece-nos que outro fator e de supina importância concorreu decisivamente para ampliar a disciplina da conduta dos membros do corpo social, implicando, também ele, independentemente de qualquer fator ideológico, a proliferação de intervenções estatais, com o consequente *agravamento das limitações à liberdade e à propriedade.*

Este fator foi o notável desenvolvimento tecnológico. Por força dele, as modestas energias individuais e, portanto, suas repercussões coletivas vieram a se multiplicar em escala impressionante, exigindo uma ação reguladora e fiscalizadora muito mais aprofundada. Condicionar e conter a ação das pessoas físicas e jurídicas dentro de limites definidos e ordenados tornou-se imprescindível para impedir que se fizessem predatórias e que acarretassem condições de convívio humano intolerável.

Veja-se que o "braço tecnológico" propiciou gerar, em escala macroscópica, contaminação do ar, da água, poluição sob todas as formas, inclusive sonora e visual, devastação do meio ambiente, além de ensejar saturação dos espaços em decorrência do adensamento populacional nos grandes conglomerados urbanos.[20]

16. O desenvolvimento tecnológico engendrou um novo mundo, um novo sistema de vida, tornando inevitável uma intensa organização, regulamentação e fiscalização dos comportamentos indivi-

19. Forsthoff, ob. cit., p. 133.

20. Os grandes conglomerados urbanos só poderiam surgir e se expandir grandemente – fazendo nascer um novo ramo jurídico: o Direito Urbanístico – quando o desenvolvimento tecnológico ensejou um conjunto de condições propiciatórias. Para citar apenas algumas, mencionem-se: técnica adequada para edificações em vários pavimentos, cada vez mais numerosos, desde que elevadores permitiram o fácil e cômodo acesso entre os patamares; progresso industrial apto à produção em escala de veículos rápidos para transporte de mercadorias necessárias ao abastecimento da cidade; transporte individual e de massa por veículos automotores que ensejassem rápido acesso aos diferentes pontos da urbe; técnicas evoluídas para captação, tratamento e distribuição de água, para implantação de rede de esgotos etc.

duais e coletivos para evitar que se convertessem em fonte de sérios distúrbios e inconvenientes suscetíveis de tornar intolerável o convívio social. O Estado tinha, pois, que regular tudo e imiscuir-se em quase tudo, como resultado das novas condições de vida.

17. Aliás, diga-se de passagem, as referidas modificações alteraram fundamente o equilíbrio no relacionamento entre Legislativo e Executivo. Com efeito, este último, por força de sua estrutura monolítica (chefia unipessoal e organização hierarquizada), é muito mais ágil e expedito em suas decisões. Além disto, conta com uma legião de técnicos para instrumentá-lo. Em consequência, é, evidentemente, muito mais apto que o Legislativo para tomar medidas imediatas e para enfrentar questões que demandam respostas rápidas e atentas a aspectos particularizados ante a diversidade dos problemas concretos, *todas elas dependentes de análises técnicas* – e não apenas políticas. Resultou daí sua melhor adaptação aos "novos tempos", do que lhe adveio uma indiscutível preponderância, fenômeno que foi logo batizado sob o rótulo de "fortalecimento do Poder Executivo".[21] A Administração veio a ganhar um relevo excepcional e o Executivo – sucessor do rei – recuperou, em larga medida, os poderes que, antes da tripartição, nas mãos deste se enfeixavam.[22]

18. Diante deste fenômeno do agigantamento do Estado e, mais do que isto, do agigantamento da Administração, que passou a inter-

21. Se não se quiser retornar ao período histórico em que o Estado, encarnado no soberano, era um todo-poderoso contra o qual nada valiam os homens (simples *súditos*, isto é, submissos), ter-se-á, para evitar que o Executivo o substitua naquele mesmo papel, de rumar, no plano *político*, *para o Parlamentarismo*, como o fez a maioria dos povos civilizados. De fato, o Executivo tornou-se incontrolável por razões provindas, radicadas, na própria intimidade das funções do Estado moderno. Assim, a solução única para mantê-lo afinado com o sentimento da Nação, expressado pelo Parlamento (onde estão representadas também as minorias), é fazer do Executivo um simples delegado do Legislativo, ou seja, dependente de sua confiança. Aí, então, ou o Gabinete procede com cautelas, harmonizado com o Parlamento, ou simplesmente cai e é substituído por outro.

22. O destino da Humanidade, portanto, ao menos até onde se pode prever, inclui um progressivo condicionamento do exercício da liberdade e da propriedade. Seremos cada vez menos livres ante os órgãos de deliberação social. Por aí se vê quanta razão tinha Forsthoff ao dizer – conforme *retro* anotamos – que os mecanismos da sociedade burguesa para defesa da liberdade tornar-se-iam crescentemente inadequados e insuficientes, reclamando novos instrumentos para a proteção dos mesmos objetivos básicos a que vieram servir. *A disciplina do procedimento administrativo é certamente um dos principais deles.*

vir avassaladoramente na vida de cada cidadão, a resposta adequada e natural para impedir-lhe o amesquinhamento e buscar preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre ambos teria de ser o asseguramento da presença do administrado no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo. Com isto também se enseja maior descortino para as atuações da Administração, pois esta agirá informada, também, pela perspectiva exibida pelo interessado, o qual pode acender luzes prestantes para avaliação mais completa do assunto que esteja em causa.

Uma vez que a "vontade" administrativa do Estado é formada na sequência que se denomina "procedimento administrativo", discipliná-lo é o meio idôneo para mantê-la sob controle. Assim, antes que desemboque em sua conclusão final – antes, pois, de se fazer eventualmente gravosa a alguém –, pode-se zelar por seu correto e prudente encaminhamento.

IV. Objetivos do processo ou procedimento

19. Com acerto, os especialistas observam que o procedimento administrativo atende a um duplo objetivo: a) resguarda os administrados; e b) concorre para uma atuação administrativa mais clarividente.[23]

20. (a) Quanto ao *primeiro objetivo*, salienta-se que enseja ao administrado a possibilidade de que sua voz seja ouvida antes da decisão que irá afetá-lo.

Tomás-Ramón Fernández, precitado, anota que o procedimento administrativo complementa a garantia de defesa em sede jurisdicional por dois ângulos: de um lado porque – uma vez disciplinada a conduta administrativa desde o primeiro ato propulsivo até o ato final – impede que os interesses do administrado sejam considerados apenas *ex post facto*, vale dizer, depois de atingidos, pois oferece oportunidade ao interessado de exibir suas razões antes de ser afetado.

Trata-se, na verdade, de estabelecer controles "desde dentro", ou seja, incidentes na própria intimidade da Administração, ao longo

23. Esta dupla função cumprida pelo procedimento é assinalada por inúmeros autores. Cite-se, em guisa de exemplo, Antonio Royo Villanova, *Elementos de Derecho Administrativo*, 25ª ed. corrigida e aumentada por Segismundo Royo Villanova, vol. II, Valladolid, ed. Santarén, 1960-1961, p. 848.

da formação de sua vontade, ao invés de contentar-se com controles operados de fora, pelo Judiciário, e, portanto, geralmente só utilizáveis *ex post facto*.

21. De outro lado, o procedimento ou processo administrativo revela-se de grande utilidade para complementar a garantia da defesa jurisdicional porquanto, em seu curso, aspectos de conveniência e oportunidade passíveis de serem levantados pelo interessado podem conduzir a Administração a comportamentos diversos dos que tomaria, em proveito do bom andamento da coisa pública e de quem os exibiu em seu interesse. Ora, tais aspectos não poderiam ser objeto de apreciação na via jurisdicional, que irá topar com o ato sem poder levar em conta senão a dimensão da legalidade.[24]

Aliás, Carlos Ari Sundfeld mostra que centrar o estudo da atividade administrativa apenas no ato administrativo, com prescindência de atenção ao procedimento, tem o inconveniente de deixar encoberta a tramitação sequencial, e, portanto, a existência de um instrumental apto a abortar efeitos lesivos[25] – o que é melhor do que simplesmente remediá-los.

22. É, de resto, esta faceta a que se acaba de aludir que põe em pauta o *segundo objetivo* a que o procedimento serve. A saber:

(b) Concorre para uma decisão mais bem-informada, mais consequente, mais responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados.

V. Espécies de procedimento

23. O procedimento administrativo ou processo não existe apenas nas situações contenciosas. Ele ocorre, praticamente, na produção de qualquer tipo de ato, desdobrando-se, então, pelo menos, na vida interna da Administração.

Há distintas classificações de procedimento, que o agrupam em função de variados critérios.

24. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. e vol. cits., pp. 384-385.

25. "A importância do procedimento administrativo", *RDP* 84/65.

Assim, desde logo, fala-se em "procedimentos internos", que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida intestina da Administração, em contraste com os "procedimentos externos", de que participam os administrados. Mencionam-se, *e.g.*, os procedimentos "recursais" ou "revisionais", alude-se aos "procedimentos contenciosos", de par com outros em que a Administração intervém para resguardar interesses de terceiros em consideração à boa ordem administrativa, como ocorre no procedimento para registro de marcas e patentes.

Há "procedimentos restritivos ou ablatórios", como no caso de cassações de licença ou de declaração de caducidade de uma concessão de serviço público ou de rescisão de um contrato administrativo por inadimplência do contratado, cujo caráter *sancionador* aparecerá manifesto, por exemplo, nas interdições de direitos ou de funcionamento de estabelecimento fabril por poluição etc. Opostamente, há procedimentos em vista de atos *ampliativos*, como o seriam, *v.g.*, os de registro de marcas e patentes, por exemplo, ou, de modo geral, as concessões, licenças, permissões, autorizações, admissões e preparatórios de contratações ou alienações. Alguns deles podem ser "procedimentos concorrenciais", como nas licitações ou concursos para provimento de cargo público ou para promoção.

24. Evidentemente, o que interessa, sobretudo, são os procedimentos *externos*, pois é em relação a eles que se põe o tema – a ser ao final desenvolvido – dos princípios que se lhes aplicam e, em consequência, as garantias que oferecem ao administrado.

Entendemos que, em relação a eles, a distinção realmente importante é a que os divide em (I) *ampliativos* ou (II) *restritivos*, a qual deve servir como o grande divisor de águas em cujo interior se alocam ulteriores subdivisões. Sua importância advém de que muitos dos princípios retores do procedimento administrativo foram concebidos em vista dos procedimentos restritivos e – particularmente – dos sancionadores. Daí que parte dos cânones básicos do procedimento diz respeito tão só a esta espécie, como ao diante se verá.

Os procedimentos *ampliativos* podem ser subdivididos em função de diferentes critérios. Registraremos os que nos parecem de maior relevo. Assim, quanto ao sujeito que os suscita, ora serão (a) de *iniciativa do próprio interessado*, como um pedido de permissão de uso de bem público, qual, *e.g.*, o de instalação de quiosques ou bancas de jornais em esquina ou praça, ou (b) de *iniciativa*

da Administração, como uma licitação para aquisição de bens, obras ou serviços.

Quanto à existência ou não de caráter competitivo, serão (a) *concorrenciais*, como um concurso público para ingressar como servidor da Administração direta, indireta ou fundacional ou uma licitação, ou (b) *simples* ou *não concorrenciais*, como um pedido de licença para edificar.

Os procedimentos *restritivos* podem ser subdivididos em (a) *meramente restritivos* ou ablativos, como as revogações em geral, e (b) *sancionadores*, que se preordenam à aplicação de uma sanção, como o chamado "processo administrativo" contra o funcionário inculcado de presumível falta ou o "procedimento administrativo tributário". É nestes que, por tradição e semelhança reconhecida com os trâmites do procedimento judicial, mais se acentua o caráter "contraditório".

A quaisquer deles, como já se disse e reiterou, denominaremos indiscriminadamente "procedimentos" ou processos, pelas razões dantes expostas, ressalvando sempre que, se fôramos nos prender ao que acreditamos melhor se afine a uma terminologia técnica, atribuiríamos o nome "processo" ao fenômeno *sub examine*, reservando o rótulo "procedimento" para designar a modalidade ritual específica que cada qual possa particularizadamente apresentar.

VI. Fases do processo ou procedimento

25. No procedimento administrativo, como observam os doutrinadores, são reconhecíveis diferentes fases. Conforme os ensinamentos de Pietro Virga,[26] cuja sistematização nos parece plenamente satisfatória, podem ser distinguidas as seguintes: a) fase de iniciativa ou propulsória; b) fase instrutória; c) fase dispositiva; d) fase controladora ou integrativa; e e) fase de comunicação.

A fase (a) *propulsória* ou de *iniciativa* corresponde ao impulso deflagrador do procedimento. Tanto pode provir do administrado, ao requerer uma autorização, uma licença, uma permissão ou eventualmente uma consulta – porque há casos em que a autoridade é obrigada a responder a consultas –, quanto ser produto de uma decisão *ex officio* da Administração. É o que sucederá quando se propõe decla-

26. *Il Provvedimento* ..., cit., pp. 232-233.

rar de utilidade pública um bem para fins expropriatórios, ou abrir um concurso público para preenchimento de cargos, ou instaurar uma licitação para adquirir bens ou serviços de que careça.

Segue-se-lhe a fase (b) *instrutória*, na qual a Administração deve colher os elementos que servirão de subsídio para a decisão que tomará. Nesta fase deverá ser ouvido aquele que será alcançado pela medida, se foi o próprio Poder Público que desencadeou o procedimento ou se a audiência deste for necessária quer para acautelar-lhe os interesses, quer para maior esclarecimento das situações. É neste estádio que se fazem averiguações, perícias, exames, estudos técnicos, pareceres e que se colhem os dados e elementos para elucidar o que seja cabível a fim de chegar-se à fase subsequente. A saber: fase (c) *dispositiva*, na qual a Administração decide, resolve algo. Frequentemente, há, em seguida, uma fase (d) *controladora*, que alguns denominam integrativa, concebida para que autoridades diversas das que participaram até então verifiquem se houve satisfatório transcurso das várias fases e se o decidido deve ser confirmado ou infirmado. Ora caberá, conforme a lei houver disposto, controle apenas de legitimidade, ora controle também sobre a conveniência do decidido. Derradeiramente, tem lugar a fase de (e) *comunicação*, em que a providência conclusiva é transmitida pelos meios que o Direito houver estabelecido.

VII. Princípios do procedimento

26. A questão mais importante relativa ao tema do procedimento administrativo substancia-se na seguinte pergunta: há ou não princípios gerais aplicáveis ao procedimento administrativo? Ou seja: mesmo à falta de lei reguladora de um dado procedimento, poder-se-á detectar alguns cânones gerais, ou, pelo menos, algumas diretrizes de acatamento *obrigatório* para a Administração?

A resposta é positiva.

27. No ordenamento jurídico-positivo brasileiro podem ser identificados 12 princípios obrigatórios, com fundamento explícito ou implícito na Constituição. Nove destes princípios são aplicáveis a todo e qualquer tipo de procedimento e apenas três deles deixam de ser aplicados a certas espécies de procedimento.

São os seguintes: (I) princípio da *audiência do interessado*; (II) princípio da *acessibilidade aos elementos do expediente*; (III) princípio da ampla *instrução probatória*; (IV) princípio da *motivação*;

(V) princípio da *revisibilidade*; (VI) princípio da *representação e assessoramento*; (VII) princípio da *lealdade e boa-fé*; (VIII) princípio da *verdade material*; (IX) princípio da *celeridade processual*; (X) princípio da *oficialidade*; (XI) princípio da *gratuidade*; e (XII) princípio do *informalismo*.[27]

28. Os nove primeiros aplicam-se a *todo e qualquer procedimento*. Já, os princípios da *oficialidade* e da *gratuidade* não se aplicam obrigatoriamente nos procedimentos *ampliativos de direito* suscitados pelos interessados e o princípio do *informalismo* só não se aplica aos procedimentos *concorrenciais*.

Vejamos em que consiste cada um deles.

29. (I) *Princípio da audiência do interessado*. Esse direito implica, como aludem os especialistas, um contraditório.

Tal direito – e Escola[28] insiste, oportunamente, nisto – não se resume a uma única manifestação. Donde, significa mais do que ser ouvido apenas inicialmente. Pode, *in concreto*, implicar que se deva ensanchar ao administrado oportunidade de volver a manifestar-se, tendo em vista o próprio desenrolar do procedimento com seus incidentes.

30. (II) *Princípio da acessibilidade aos elementos do expediente*. Isto significa que à parte deve ser facultado o exame de toda a documentação constante dos autos, ou seja, na expressão dos autores hispânicos, de todos os "antecedentes" da questão a ser resolvida. É o que, entre nós, se designa como o "direito de vista", e que há de ser de vista completa, sem cerceios.

Estranhamente, existe, entre nós, uma tradição de considerar secretos os pareceres. Entende-se, absurdamente, que devem permanecer ocultos quando favoráveis à pretensão do administrado. Nisto se revela uma compreensão distorcida das finalidades da Administração e se ofende o princípio da lealdade e boa-fé, o qual, sobre ser princípio geral de Direito, apresenta particular relevo na esfera das relações administrativas, como bem acentuou o precitado Jesús Gonzáles Perez em preciosa monografia sobre o tema.[29]

27. Alguns autores mencionam, ainda, o princípio da economia processual, cuja compostura é evidente, e que, ao nosso ver, não é um princípio jurídico, mas de Ciência da Administração.

28. Ob. cit., p. 145.

29. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, 1983, p. 31.

Com efeito, se há um parecer em dado sentido, coincidente com o pretendido ou alegado pelo administrado, mas a Administração inclina-se a resolver ou resolveu em sentido contrário, ela terá de haver-se calçado em boas razões para tanto. Vale dizer: ou não são convincentes as razões do parecer que militava em favor da pretensão do administrado ou há outro parecer que, por sua fundamentação superior, inclina ou inclinou a Administração a agir como pretende fazê-lo ou como o fez. Fora daí a conduta administrativa não merece ou não merecia prosperar. Então, é certo que, de todo modo, o administrado tem o direito de conhecer todos os expedientes que concernem à questão em pauta.

31. (III) *Princípio da ampla instrução probatória*, o qual significa, como muitas vezes observam os autores, não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção das provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas.

32. (IV) *Princípio da motivação*, isto é, o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto. Ainda aqui se protegem os interesses do administrado, seja por convencê-lo do acerto da providência tomada – o que é o mais rudimentar dever de uma Administração democrática –, seja por deixar estampadas as razões do decidido, ensejando sua revisão judicial, se inconvincentes, desarrazoadas ou injurídicas. Aliás, confrontada com a obrigação de motivar corretamente, a Administração terá de coibir-se em adotar providências (que de outra sorte poderia tomar) incapazes de serem devidamente justificadas, justamente por não coincidirem com o interesse público que está obrigada a buscar.

33. (V) *Princípio da revisibilidade*. Consiste no direito de o administrado recorrer de decisão que lhe seja desfavorável. O STF reconheceu o direito ao duplo grau de jurisdição e afastou a exigência de prévio depósito ou caução para interposição de recurso administrativo (RE 388.359, 389.383 e 390.513 e ADI 1.976). Tal direito só não existirá se o procedimento for iniciado por autoridade do mais alto escalão administrativo ou se for proposto perante ela. Neste ca-

so, como é óbvio, o interessado mais não poderá senão buscar as vias judiciais.

34. (VI) O direito de ser *representado e assistido* é de compostura óbvia. Cumpre sublinhar que, se a decisão administrativa depender de apurações técnicas, o administrado terá o direito de que perito de sua confiança assista à análise, ao exame, à averiguação técnica, efetuados pela Administração.

35. (VII) *Princípio de lealdade e boa-fé*, de acordo com o qual a Administração, em todo o transcurso do procedimento, está adstrita a agir de maneira lhana, sincera, ficando, evidentemente, interditos quaisquer comportamentos astuciosos, ardilosos, ou que, por vias transversas, concorram para entravar a exibição das razões ou direitos do administrado.

36. (VIII) *Princípio da verdade material.* Consiste em que a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Héctor Jorge Escola.[30] Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a Administração deve sempre buscar a verdade substancial. O autor citado escora esta assertiva no dever administrativo de realizar o interesse público.

36-A. (IX) *Princípio da celeridade processual*, por força do qual a Administração deve atuar no processo com presteza, de sorte a que este tenha, como diz o texto constitucional (art. 5º, LXXVIII), duração "razoável" e se assegure a "celeridade de sua tramitação".

Os subsequentes princípios não se aplicam a todos os procedimentos.

37. (X) *Princípio da oficialidade* – de acordo com o qual a mobilização do procedimento administrativo, uma vez desencadeado pela Administração ou por instigação da parte, é encargo da própria Administração; vale dizer, cabe a ela, e não a um terceiro, a impulsão de ofício, ou seja, o empenho na *condução e desdobramento da sequência de atos* que o compõem até a produção do ato

30. Ob. cit., pp. 126-127.

final, conclusivo. Disto decorre a irrelevância (quanto à continuidade do procedimento) de prazos preclusivos ou de caducidade para o administrado, porque a própria Administração tem de conduzir o procedimento até seu termo final.

É certo, todavia, que nos procedimentos de *exclusivo interesse* do administrado a Administração não tem o dever de prossegui-los por si própria e poderá encerrá-los prematuramente ante a inércia do postulante. Eis por que não se pode considerá-lo aplicável a todo e qualquer procedimento.

38. (XI) *Princípio da gratuidade*. Como o nome indica, através dele pretende-se garantir que o procedimento administrativo não seja causa de ônus econômicos ao administrado.

Entendemos que só é obrigatório nos procedimentos *restritivos* ou *ablativos de direito*. Não, porém, nos suscitados pelo interessado para buscar providência ampliativa de sua esfera jurídica. Eis por que dissemos que não se aplica a todo e qualquer procedimento. Sem embargo, cremos que o que se haverá de garantir é a *modicidade* das taxas ou emolumentos porventura cobrados para acobertar despesas por ele suscitadas.

39. (XII) *Princípio do informalismo*, a ser considerado *em favor do administrado*, como querem Gordillo[31] e Escola,[32] significa que a Administração não poderá ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações do administrado.

Assim, conforme exemplário deste último autor, se alguém entra com recurso nominando-o erradamente ou serve-se de um quando o tecnicamente cabível seria outro, ou se propõe sua petição ou alegação de prova em formulação não ortodoxa, a Administração não deve mostrar-se rigorosa, mas flexível, para aceitar tais impropriedades. A ser de outro modo – observa Gordillo –, a gente simples e humilde que pleiteia algo da Administração ou que perante ela queira fazer valer seus direitos ficaria desatendida, peiada nos rigores do formalismo.

Sem embargo, dito princípio não se aplica aos procedimentos *concorrenciais*, na medida em que sua utilização afetaria a garantia da igualdade dos concorrentes. Assim, não é aplicável à generalidade dos procedimentos, visto que existe esta exceção apontada.

31. *Procedimiento y Recursos Administrativos*, 2ª ed., Macchi, 1971, pp. 66 e ss.
32. Ob. cit., p. 134.

VIII. Fundamentos constitucionais dos princípios do procedimento administrativo

40. Os seis primeiros princípios enunciados (da *audiência do interessado*, da *acessibilidade aos elementos do expediente*, da *ampla instrução probatória*, da *motivação*, da *revisibilidade* e do direito a ser *representado e assistido*) têm, *no caso dos procedimentos restritivos ou ablativos de direito*, o mesmo fundamento, isto é, o art. 5º, LV, da Constituição, segundo o qual: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Deveras, seriam impossíveis "o contraditório e ampla defesa", constitucionalmente previstos, sem audiência do interessado, acesso aos elementos do expediente e ampla instrução probatória. Assim, também, seria impossível exercitá-los eficientemente sem direito a ser representado e assistido por profissional habilitado. De outra parte, uma vez que o Texto Constitucional fala em "recursos a ela inerentes" (isto é, inerentes à ampla defesa), fica visto que terá de existir revisibilidade da decisão, a qual será obrigatoriamente motivada, pois, se não o fosse, não haveria como atacá-la na revisão.

41. Nos procedimentos não restritivos ou ablatórios de direito, o *princípio da audiência do interessado* e o da ampla *instrução probatória* irão assentar-se em um fundamento genérico implícito, decorrente do art. 1º, II, de acordo com o qual um dos fundamentos da República é a "cidadania", e no *parágrafo único do mesmo artigo*, onde enfaticamente se proclama que "todo o poder emana do povo".

Com efeito, se a Lei Magna prestigia tão solenemente a cidadania e se proclama com ênfase a soberania popular, seria contraditório a ambos que a Administração pudesse decidir um assunto respeitante a um dado cidadão sem lhe oferecer, antes da providência que o afetará, o direito de ser ouvido e de exibir, com as provas que pretendesse aportar, a procedência de seu direito ou interesse. Deveras, dizer-se que a "cidadania" é um dos "fundamentos" da República e não lhe reconhecer sequer tais efeitos equivaleria a tornar letra morta a solene dicção do art. 1º, II, e parágrafo único.

42. Contudo, o *princípio da acessibilidade aos elementos do expediente* encontra, ainda, mais direto amparo nos arts. 5º, XXXIII, XXXIV, "b", e LXXII, e 37 da Lei Magna.

Dispõe o primeiro deles que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou geral, que

serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja indispensável à segurança da Sociedade e do Estado". Ante sua dicção revela-se óbvio que, se tal direito é genericamente outorgado a todos, maiormente sê-lo-á o direito de amplo acesso do interessado ao que conste dos expedientes, no bojo de um procedimento administrativo que lhe diga respeito.

De seu turno, o inciso XXXIV, "b", do mesmo art. 5º a todos assegura "a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal". Logo, assegura, *a fortiori*, o acesso aos elementos constantes de procedimento que lhes diga respeito. O prazo máximo para expedição das sobreditas certidões é de 15 dias, conforme estatuído na Lei 9.051, de 18.5.1995.

Acresce que o inciso LXXII, consagrador do *habeas data*, confirma o direito de conhecer dados em poder da Administração respeitantes ao sujeito interessado. Demais disto, também o art. 37, ao submeter explicitamente a Administração ao princípio da publicidade, interditaria que a ele se negasse *acesso* aos atos e termos do expediente, pois isto equivaleria a fraudar a transparência administrativa a que todos têm direito por força do referido preceptivo.

Finalmente, devem-se registrar a Súmula Vinculante do STF de n. 14, que interessa ao assunto, e a relevantíssima Lei 12.527, de 18.11.2011, que regula o acesso a informações previsto no art. 5º, XXXIII, da Constituição.

43. O *princípio da motivação* encontra seu embasamento constitucional em todos estes preceptivos supracitados (art. 1º, II, e parágrafo único, respeitantes à valorização da cidadania e à soberania popular; art. 5º, XXXIII, XXXIV, "b", e LXXII, atinentes ao direito de informação sobre dados e registros administrativos; e art. 37, relativo ao dever administrativo de publicidade) e, ainda, no art. 93, IX e X, por aplicação analógica de seus termos.

É que todos copiosamente concorrem para exibir um prestígio conferido à cidadania e consectariamente o reconhecimento de um direito, genericamente conferido aos administrados, de se informarem sobre atos administrativos e de terem conhecimento de informações de interesse geral ou particular em poder desta. Ora, bem: o mínimo que daí se pode extrair é que existe um projeto constitucional assecuratório de "transparência" da Administração. Disto decorre que aos administrados em geral haverá de ser dado não apenas o direito de saber o que a Administração faz, mas, também, *por que o faz*. Se tal

intelecção é devida como corolário dos aludidos versículos, com maior carga de razão sê-lo-á quando esteja em pauta o conhecimento dos *motivos* de decisões concretamente tomadas em processo administrativo *no qual o cidadão seja parte direta e pessoalmente interessada*.

De fora parte tais dispositivos, o princípio da motivação encontra arrimo na aplicação analógica do art. 93, IX e X, exigente de motivação para os atos do Poder Judiciário, sejam eles jurisdicionais ou administrativos. Se o Poder que diz o Direito a isto está adstrito, não se compreenderia que a Administração não o estivesse.

44. O princípio da revisibilidade, além de dever ser considerado como um *princípio geral de Direito*, embasa-se no direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, "a", a teor do qual todos têm assegurado "o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Ora, tal direito presume uma atuação administrativa que o cidadão repute desconforme com a ordem jurídica. Assim, peticionará a revisão dela, tanto mais porque a Administração se estrutura hierarquicamente, no que vai implícito um princípio de revisibilidade.

45. O direito de ser *representado e assessorado* pode ser considerado como inerente à pessoa; ademais, será indispensável, quando menos inúmeras vezes, para a própria realização eficiente dos direitos assegurados pelos demais princípios do procedimento acolhidos na Lei Magna. Ora, quem quer os fins, quer os indispensáveis meios. Se a Constituição embasa o desfrute de direitos assegurados em vários dos princípios do procedimento, não pode deixar de indiretamente encampar os meios necessários para tanto. É o caso do direito de ser representado e assistido.

De todo modo, em nível legal dito princípio é plenamente afirmado, seja pelo genérico direito de constituir mandatário, nos termos dos arts. 653 e ss. do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.1.2002, notadamente o art. 654, seja, no que respeita à constituição de advogado, com base no art. 5º da Lei 8.906, de 4.7.1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Sem embargo, o STF editou uma absurda Súmula Vinculante (a de n. 5) considerando desnecessária a presença de advogado nos casos de processo disciplinar contra servidor público. Quem tem feito demolidora e irrespondível crítica a ela é o eminente professor paranaense Romeu Felipe Bacellar Filho, em numerosas palestras por todo o País.

46. O princípio da *lealdade e da boa-fé* tem fundamento constitucional explícito e meridianamente claro. Consta do art. 37, *caput*, segundo o qual a Administração está submetida, entre outros princípios, ao princípio da *moralidade*.

47. O princípio da *verdade material* estriba-se na própria natureza da atividade administrativa. Assim, seu *fundamento constitucional implícito* radica-se na própria qualificação dos Poderes tripartidos, consagrada formalmente no art. 2º da Constituição, com suas inerências.

Deveras, se a Administração tem por finalidade alcançar verdadeiramente o interesse público fixado na lei, é óbvio que só poderá fazê-lo buscando a verdade material, ao invés de satisfazer-se com a verdade formal, já que esta, por definição, prescinde do ajuste substancial com aquilo que efetivamente é, razão por que seria insuficiente para proporcionar o encontro com o interesse público substantivo.

Demais disto, a previsão do art. 37, *caput*, que submete a Administração ao princípio da legalidade, também concorre para a fundamentação do princípio da verdade material no procedimento, pois, se esta fosse postergada, seria impossível atender à autêntica legalidade na criação do interesse público.

47-A. Princípio da celeridade processual exige que a Administração atue expeditamente, pois deve proceder com presteza em todo o curso do processo, já que, de acordo com seu fundamento constitucional, residente no art. 5º, LXXVIII, haverá de ter duração "razoável", de maneira a assegurar-se a "celeridade de sua tramitação". A Lei 9.784, que regula o processo administrativo na órbita federal, em seu art. 49, indica que, concluída a instrução, é de 30 dias o prazo para que o processo seja decidido.

48. O fundamento do princípio da *oficialidade* também se radica na própria natureza *constitucional* das funções da Administração; isto é, deflui da missão própria do Poder Executivo no sistema de tripartição de Poderes, que a Lei Magna do país contempla no art. 2º. À Administração compete tomar a *iniciativa* – embora sempre fundada em lei – de buscar a realização do interesse público, já que, como disse Seabra Fagundes, administrar é "aplicar a lei de ofício";[33] logo, sem provocação; *sponte propria*, com iniciativa. Daí que lhe incumbe movimentar, por si mesma, o procedimento administrativo a fim de alcançar o interesse público que está obrigada a atender.

33. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 4.

Aliás, é exatamente por isto que o princípio da oficialidade não vigora nos procedimentos ampliativos de direito *suscitados pelo interessado*, pois, em tais casos, o que está em pauta é um interesse seu e buscado por iniciativa sua, e não um interesse da coletividade que a Administração estivesse a perseguir para implementar sua função própria.

49. O princípio da *gratuidade* nos procedimentos restritivos ou ablativos de direito, vale dizer, nos únicos em que é obrigatório, fundamenta-se no precitado art. 5º, LV, pois, a ser de outro modo, haveria restrição do direito de ampla defesa ali estabelecido.

50. O princípio do *informalismo*, tal como outros princípios já referidos, encontra embasamento implícito no art. 5º, II, e § 2º, da Constituição. Sendo ele, como é, uma aplicação específica do projeto, transparente na Constituição, de valorizar a "cidadania", resulta que traz consigo o repúdio a embaraços desnecessários, obstativos da realização de quaisquer direitos ou prerrogativas que a ela correspondam. Deveras, o Texto Constitucional, como reiteradamente temos dito, lhe atribui o caráter saliente de ser um dos "fundamentos" da República Federativa do Brasil (art. 1º, II), além de proclamar que "todo o poder emana do povo" (parágrafo único do citado artigo). Seria um total contrassenso admitir-se o convívio destes preceitos com a possibilidade de serem levantados entraves ao exame substancial das postulações, alegações, arrazoados ou defesas produzidas pelo administrado, contrapondo-se-lhes requisitos ou exigências puramente formais, isto é, alheios ao cerne da questão que estivesse em causa.

Dito princípio, então, tem plena vigência nos diferentes procedimentos administrativos, *com exceção apenas dos procedimentos concorrenciais*, dado que o formalismo destes últimos é necessário para assegurar a igualdade dos vários concorrentes.

IX. Obrigatoriedade da adoção de procedimento administrativo formalizado

51. Deixamos dito que os princípios do procedimento administrativo haveriam de ser considerados como vigorantes obrigatoriamente mesmo à falta de lei que os enuncie, por serem decorrência de cânones constitucionais explícitos ou projeções naturais dos princípios informadores da Constituição brasileira.

Com isto está-se a dizer que em todos os casos em que seja obrigatório um procedimento administrativo externo irromperão princí-

pios constitucionais dele informadores, ainda que sua normação careça de minudências ou seja omissa no que concerne à vigência de tais princípios.

52. Surge, pois, uma questão de importância capital, qual seja, a de saber-se quando se deverá reputar obrigatória a instauração de um procedimento. Esta obrigatoriedade propor-se-á nos seguintes casos:

a) *sempre que um interessado provocar manifestação administrativa*. Esta é uma simples consequência da previsão constitucional do *direito de petição*, contemplado no art. 5º, XXXIV, "a", segundo o qual é a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Tal garantia constitucional obviamente nada significaria se a Administração pudesse ignorá-la ou – o que viria a dar no mesmo – simplesmente despachar "indefiro" ou "arquive-se". É evidente que o direito em pauta existe para que seja devidamente analisado o pedido, com a instrução probatória e informativa cabível, motivando-se o que a final vier a ser decidido.

Assim, se o interessado provocar manifestação administrativa, seja antes ou depois de algum ato expedido pela Administração, em instância inicial ou para solicitar revisão do que nela se decidiu, é obrigatório o desdobramento da sequência procedimental correspondente;

b) quando a providência administrativa a ser tomada, tendo efeitos imediatos sobre o administrado, envolver privação da liberdade ou de bens. Isto porque o art. 5º, LIV, da Constituição estabelece: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Vale dizer, estando em causa ato restritivo ou *ablativo de direitos integrados no patrimônio do sujeito*, é obrigatória a prévia instauração de *procedimento administrativo externo*, ressalvadas, evidentemente, as exceções constitucionais (*e.g.*, dos arts. 5º, LXI, 136, § 3º, I, e 139);

c) quando a providência administrativa a ser tomada disser respeito a matéria que envolva litígio, controvérsia sobre direito do administrado ou implique imposição de sanções. É o que resulta do art. 5º, LV, da Constituição, no qual se dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Assim, em todas as situações pertinentes a contendas sobre direitos, notadamente se envolverem acusações e possíveis sanções aos administrados, é obrigatória a instauração de procedimento administrativo externo;

d) quando a Constituição diretamente o exigir, como é o caso do procedimento dos concursos públicos para admissão de pessoal (art. 37, II) e da aquisição de bens, obras, serviços e alienações (art. 37, XXI), tanto como nas concessões e permissões de serviço público (art. 175); e

e) quando lei ou ato administrativo o previrem.

X. O processo (ou procedimento) na legislação federal

53. Por razões didáticas, não nos atrelaremos integralmente à forma de distribuição da matéria que a Lei 9.784, de 29.1.1999, adotou a título de sistematização. Sem o propósito de esgotar tudo o que nela se contém, dividiremos seu exame em seis segmentos, no interior dos quais far-se-á referência aos tópicos que reputamos serem, nela, os mais significativos ou verdadeiramente mais importantes. Nesta conformidade, examinaremos, sucessivamente: a) seu *âmbito de abrangência*; b) *competência*; c) *princípios do processo e garantias do administrado*; d) *sequência processual*; e) *prazos processuais*; e f) *revogação, anulação e convalidação*.

Âmbito de abrangência

54. A lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração direta e indireta Federal, aplicando-se também aos órgãos do Legislativo e do Judiciário quando no exercício de função administrativa (art. 1º e § 1º). Seu alcance e proteção abrangem quaisquer interessados no processo administrativo, assim entendidos tanto (I) os que o iniciaram como titulares de direitos ou interesses individuais ou no direito de representação, como (II) os que, sem o haverem iniciado, têm direitos ou interesses que possam ser por ele afetados, e assim também (III) organizações e associações representativas no tocante a direitos e interesses coletivos e mais (IV) pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (art. 9º). Salvo disposição especial em ato normativo próprio, para fins do processo administrativo são capazes os maiores de 18 anos (art. 10).

É importante anotar que a lei em causa aplica-se apenas subsidiariamente aos processos administrativos ***específicos, regidos por leis próprias****, que a elas continuarão sujeitos. Como é lógico, aplica-se integralmente a quaisquer outros processos administrativos.*

Competência

55. Nos termos da lei a competência se exerce pelos órgãos a que foi atribuída como própria, sendo irrenunciável, admitindo-se, contudo, tanto a *delegação parcial* dela como a possibilidade de *avocação* nos casos legalmente admitidos (arts. 11 e 12).

As matérias e poderes transferidos, os limites de atuação do delegado, os objetivos da delegação e o recurso cabível devem ser especificados mediante ato publicado no *Diário Oficial*, sendo por igual meio publicada a revogação da delegação (art. 14 e § 1º), a qual pode ser efetuada a qualquer tempo (§ 2º do art. 14). "Não podem ser objeto de delegação: I – a edição de atos de caráter normativo; II – a decisão de recursos administrativos; III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade" (art. 13).

O fato, entretanto, é que tanto o tema da delegação quanto o da avocação estão tratados na lei de modo um tanto ambíguo. Com efeito, desde logo observa-se que, por força da redação do art. 11, tem-se de depreender que *ambas as figuras* só podem ter lugar, como dito, nos casos *legalmente admitidos*. Já no art. 12 está dito coisa diversa, isto é, que um órgão administrativo e seu titular poderão *delegar* parte de sua competência *se não houver impedimento legal,* o que é coisa muito distinta de só poder delegar havendo permissão legal. Quanto à avocação, no art. 15 prevê-se que, em caráter excepcional e por motivos relevantes, poderá ser temporariamente avocada a competência do órgão hierarquicamente inferior. Ora, se em relação a ela só foi mencionada sua possibilidade nos casos admitidos em lei, perde sentido a menção ao "caráter excepcional e por motivos relevantes", pois esta seria questão já resoluta em nível legal.

Princípios do processo e garantias do administrado

56. A lei enuncia no art. 2º um conjunto de princípios (que esclarece não serem exaustivos) a serem obedecidos pela Administração, os quais, em sua esmagadora maioria, evidentemente, não são *específicos* do processo administrativo. Refere os da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, do interesse público, eficiência, segurança jurídica e – estes, sim, típicos do instituto do processo administrativo – da ampla defesa e do contraditório.

57. No que tange à motivação, esclarece suas características ao indicar que deverá ser explícita, clara e congruente (podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato), tudo conforme disposto no § 1º do art. 50, sendo certo que, a teor do *caput*, deverá trazer a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato.

Conquanto a motivação, conforme visto, haja sido apresentada como princípio da Administração Pública e proclamar-se que a "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão" é um dos "critérios" a serem obedecidos nos processos administrativos (parágrafo único, VII, do art. 2º), este mesmo art. 50, *sub examine*, reduz-lhe o âmbito de incidência obrigatória, pois afirma que os *atos administrativos* deverão ser motivados nas hipóteses arroladas em seus incisos I a VIII. Ou seja, quando: (I) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (II) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (III) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; (IV) dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório (exigência, esta, aliás, já constante da Lei de Licitações); (V) decidam recursos administrativos; (VI) decorram de reexame de ofício; (VII) deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; e (VIII) importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação do ato administrativo.

Conquanto seja certo que o arrolamento em apreço abarca numerosos e importantes casos, o fato é que traz consigo restrição intolerável. Basta lembrar que em país no qual a Administração frequentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos *ampliativos* de direito,[34] não contemplados na enumeração. Assim, parece-nos

34. Se fosse necessário lembrar exemplos recentes, bastaria referir o caso, amplamente divulgado pela Imprensa, de aviões das Forças Armadas utilizados para conduzir Ministros e seus familiares em vilegiatura desfrutada em próprios públicos sitos em locais aprazíveis, ou a utilização das Forças Armadas para defender contra ameaça de invasão dos "sem-terra" propriedade privada de exploração agrária pertencente a membro ou membros da família do cidadão que ocupa a Presidência da República, sendo certo que a mesma proteção não é dispensada, em situações idênticas, aos demais cidadãos, por não ser esta a função das Forças castrenses. Se fora exigida motivação em casos que tais, obviamente ficaria dificultada a prática de atos desta espécie, ou, quando menos, expor-se-iam mais facilmente à fulminação.

inconstitucional tal restrição, por afrontar um princípio básico do Estado de Direito.

58. No respeitante ao princípio da proporcionalidade, existe um excelente e importantíssimo aclaramento de suas implicações no parágrafo único do art. 2º (o que fala em "critérios" a serem observados), em seu inciso VI. Ali se impõe "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". É até mesmo desnecessário encarecer a notável valia deste preceptivo.

59. Entre as disposições alojadas sob este rótulo de "critérios" a serem observados nos processos administrativos (parágrafo único do art. 2º) ou inclusas nos denominados "direitos dos administrados" (art. 3º) e eventualmente esparsas sob outras titulações encontram-se cânones que, na verdade, compõem um amplo leque de disposições, ora protetoras dos administrados, ora simplesmente qualificadoras da índole do processo administrativo, os quais, em larga medida, coincidem com os conteúdos dos que dantes indicamos (ns. 27 a 39) serem os *princípios fundamentais do processo administrativo*.

Assim, vale a pena colocar em realce, ao lado dos já referidos princípios:

1) da motivação e

2) da proporcionalidade (inclusos no art. 2º, *caput*), também estes preceitos contemplados sob rotulação distinta, isto é, os que mencionam:

3) atuação da Administração "segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (art. 2º, parágrafo único, IV);

4) garantia do direito de defesa contra aplicação de sanções (art. 68), cabendo acrescentar, embora o dispositivo em questão não o diga, que tal defesa *deve ser prévia*, quer por força do princípio do devido processo legal, quer pelo da presunção de inocência, conforme se depreende da Constituição;

5) direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas" (art. 3º, II, sob o rótulo de "Direitos dos Administrados");

6) direito a ser intimado "dos atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades ou em atos de outra natureza, de seu interesse" (art. 28), ou "quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento" (art. 39), assim como no que concerne a diligências ordenadas (art. 41). A intimação poderá ser feita por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, ou por ciência no processo (art. 26, § 3º), e observará, obrigatoriamente, a antecedência mínima de três dias *úteis* em relação à data de comparecimento (art. 26, § 2º);

7) direito dos interessados "à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou direito à privacidade, à honra e à imagem" (art. 46). Anote-se, apenas, que tais ressalvas, em nosso entender, não podem prosperar nos casos em que sejam indispensáveis à defesa de quem esteja sendo administrativamente processado;

8) "garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio" (inciso X do artigo 2º e seu parágrafo único);

9) direito do interessado de, "na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria do processo" (art. 38), só cabendo recusa de provas, "mediante decisão fundamentada, quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias" (§ 2º do mesmo artigo);

10) direito a "formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente" (art. 3º, III);

11) vedação à Administração de proceder à "recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas" (art. 6º, parágrafo único), cabendo apenas observar que tal dispositivo há de ser recebido com reservas, pois o dever de orientar sobre eventuais falhas não pode ser causa bastante para recusa em protocolar qualquer petição ou documento que se queira submeter ao exame da Administração, correndo por conta do interessado os riscos que daí derivem;

12) dever do órgão competente para a instrução de prover, "de ofício, à obtenção de documentos ou das respectivas cópias", "quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo" (art. 37);

13) que "as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias" (art. 29);

14) garantia de que "os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes" (art. 29, § 2º);

15) "proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei" (art. 2º, parágrafo único, XI);

16) "adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados" (art. 2º, parágrafo único, IX), sendo certo que o reconhecimento de firma em documento só será exigido quando houver imposição legal ou dúvida de autenticidade (art. 22, § 2º);

17) direito a "fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação por força de lei" (art. 3º, IV);

18) direito de arguir "suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau" (art. 20), afora o impedimento "de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I – tenha interesse direto ou indireto na matéria; II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro" (art. 18), constituindo-se em falta grave, para efeitos disciplinares, a omissão do impedido em comunicar tal fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar no processo (art. 19 e parágrafo único);

19) dever da Administração de "explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações em matéria de sua competência" (art. 48);

20) direito de recorrer, por razões de mérito ou de legitimidade, das decisões administrativas (art. 56), independentemente de caução, salvo exigência legal (§ 2º deste mesmo artigo), sendo legitimados para tanto não apenas (I) "os titulares de direitos e interesses que forem partes no processo", mas também (II) "aqueles cujos direitos ou interesses forem imediatamente afetados pela decisão recorrida", (III) "as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos", (IV) "os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos" (art. 58).

Sequência processual

60. A *iniciativa do processo* dar-se-á de ofício ou a pedido do interessado (art. 5º), que, salvo nos casos em que for admitida solicitação oral, deverá fazê-lo por escrito, em requerimento do qual constarão os seguintes dados: (I) órgão ou autoridade a que se dirige; (II) identificação do interessado ou quem o represente; (III) domicílio ou local para recebimento das comunicações; (IV) formulação do pedido, com exposição dos fatos e seus fundamentos; (V) data e assinatura do requerente ou de quem o represente (art. 6º). Conforme já foi anotado, é vedada a "recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas" (parágrafo único do mesmo artigo).

Os atos do processo não dependem de forma determinada senão quando a lei assim o exigir (art. 22), e devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data, local e assinatura da autoridade responsável (§ 1º do mesmo artigo). Serão realizados em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição, e só serão concluídos depois do horário normal quando o adiamento dos atos já iniciados prejudique o curso regular do procedimento ou cause dano ao interessado ou à Administração (art. 23 e parágrafo único).

"O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas" (§ 4º do art. 22).

A *instrução* do processo consiste nas atividades de "averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão", realizando-se de ofício, sem prejuízo do direito do interessado de propor as provas necessárias (art. 29). "O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo" (§ 1º do mesmo artigo).

Afora outras características da instrução já dantes mencionadas, vale referir que, se a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, mediante despacho motivado, o órgão competente poderá abrir período de *consulta pública*, para manifestação de terceiros, se não houver prejuízo para a parte interessada, sendo procedida divulgação da consulta pelos meios oficiais, a fim de que os interessados possam examinar os autos e oferecer alegações escritas (art. 31, § 1º). Embora estes não sejam reputados partes no processo, terão "direito a obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais" (§ 2º). A juízo da Administração, "antes da decisão, diante da relevância da questão poderá ser realizada *audiência pública* para debates sobre a matéria objeto do processo" (art. 32), assim como poderão os órgãos e entidades administrativas "em matéria relevante estabelecer outros meios de participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas" (art. 33). Os resultados da consulta pública, da audiência pública ou destes outros meios "deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado" (art. 34).

A *decisão*, que é dever da Administração (art. 48), ocorrerá ao cabo da instrução (art. 49), após as alegações dos interessados (art. 44), e os elementos comprobatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão (art. 38, § 1º).

A *comunicação da decisão* far-se-á por intimação do interessado (art. 26, *caput*), que, como já foi dito em relação às intimações em geral, pode ser efetuada por ciência no processo ou ocorrerá por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado (§ 3º do art. 26), efetuando-se por publicação oficial no caso de interessados indeterminados ou com domicílio indefinido (§ 4º do mesmo artigo). Intimações feitas com desobediência às prescrições legais são nulas, mas o comparecimento do interessado supre-lhes a falta (§ 5º).

61. Da decisão cabe *recurso*, por razões de mérito ou de legitimidade (art. 56), o qual independe de caução, salvo disposição legal em contrário (§ 2º), e não tem efeito suspensivo, a menos que a lei o preveja (art. 61), mas a autoridade recorrida ou imediatamente superior poderá, de ofício ou a requerimento de interessado, dar-lhe tal efeito quando haja justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação (parágrafo único do artigo em causa).

São legitimados para recorrer, como dantes se assinalou: "I – os titulares de direitos e interesses que forem partes no processo; II – aqueles cujos direitos ou interesses forem imediatamente afetados pela decisão recorrida; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos" (art. 58).

62. O recurso deverá ser interposto *junto à própria autoridade que proferiu a decisão*, no prazo de 10 dias, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida. Cabe a esta, se não reconsiderá-la em *5 dias*, elevar a matéria ao superior, que, para decidir, disporá de 30 dias, contados do recebimento dos autos e prorrogáveis por justificação explícita (art. 56, § 1º, c/c o art. 59). Antes de fazê-lo, de acordo com o art. 8º da Lei 11.417, de 19.12.2006 – em vigor a partir de março de 2007 e que acrescentou um § 3º ao art. 56 da Lei de Processo Administrativo –, caso o recorrente alegue que houve violação a súmula vinculante do STF, a autoridade deverá expor as razões da inaplicabilidade dela ou reconsiderar o decidido, enunciando as razões de sua aplicabilidade. O órgão competente para decidir o recurso disporá de 30 dias, contados do recebimento dos autos, prorrogáveis por justificação explícita (art. 56, § 1º, c/c o art. 59), e procederá do mesmo modo, conforme previsão do art. 64-A, introduzido pela mencionada lei – isto é, explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula. Caso o STF acolha "reclamação fundada em violação do enunciado da súmula, dará ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso", os quais deverão a ele "adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal", conforme o art. 64-B, acrescentado pelo art. 9º da precitada Lei 11.417.

Conforme já se anotou (Capítulo III, n. 10), com isto a lei terminou por extinguir o recurso *voluntário*, criando um recurso *de ofício* sucessivo aos pedidos de reconsideração não atendidos. Reconheça-se que a solução adotada na lei federal, conquanto esdrúxula, na medida em que traz consigo uma alteração no conceito universal de "recurso", não ofende tal direito, pois a consequência do que nela se dispõe em nada afeta o sentido da norma constitucional do art. 5º, LV, que impõe o direito a recurso. Ela apenas suprime o *nomen juris* "pedido de reconsideração", passando a englobá-lo no interior de um recurso "de ofício", quando não reconsiderada a decisão.

63. De toda sorte, parece-nos que há na lei uma incongruência em tema recursal. Deveras, consoante visto, o recurso foi previsto como dirigido à mesma autoridade que proferiu a decisão. Nele, "o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes" (art. 60). Se é assim, suas alegações recursais *já estarão feitas*, tornando incompreensível o disposto no art. 64 e seu parágrafo único. De acordo com o art. 64: "O órgão competente para decidir o recurso" (logo, a mesma autoridade que proferiu a decisão e que a reexaminará, ou, não o acolhendo, a autoridade superior a quem terá sido elevado) "poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência"; mas – note-se – "se da aplicação deste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão" (parágrafo único do artigo em apreço).

Deste parágrafo único resulta, de um lado, que haverá, em tal caso, uma duplicidade de alegações e, de outro, que a autoridade recorrida terá de antecipar um juízo gravoso para o recorrente, visto que só nesta hipótese caberão as sobreditas alegações duplicadas que precederão a decisão.

64. O art. 63 indica que o recurso não será conhecido quando interposto: (I) fora de prazo; (II) perante órgão incompetente; (III) por quem não seja legitimado; (IV) após exaurida a esfera administrativa (sem embargo de que "o não conhecimento dele não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida a preclusão administrativa", conforme o § 2º do mesmo artigo). Ocorre que o § 1º, salutarmente, dispõe que, na hipótese de recurso interposto perante autoridade incompetente, será indicada ao recorrente qual a autoridade competente, "sendo-lhe devolvido o prazo para recurso". De todo modo, como o recurso é dirigido à própria autoridade que decidiu, parece muito improvável que possa surgir a hipótese de alguém equivocar-se quanto à autoridade competente.

65. Além dos recursos, quando em pauta processos administrativos de que resultaram sanções, cabe, ainda, o instituto da *revisão*, "que poderá ocorrer a qualquer tempo, a pedido ou de ofício", se "surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada" (art. 65), inadmitindo-se agravamento da sanção nos processos de revisão (parágrafo único).

Prazos processuais

66. Os prazos correm a partir da cientificação oficial, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, salvo se nele não houver expediente na repartição ou se for encerrado antes da hora normal, caso em que prorrogar-se-ão para o primeiro dia útil seguinte (art. 66 e § 1º). Contam-se em dias corridos, de modo contínuo, se expressos em dias; se expressos em meses ou anos, contar-se-ão de data a data, e se no mês de vencimento não houver o dia equivalente ao do início do prazo tem-se como termo o último dia do mês (§§ 2º e 3º do mesmo artigo).

São os seguintes os prazos previstos na lei de processo administrativo, alguns dos quais já foram dantes referidos:

a) "Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de *cinco dias*, salvo motivo de força maior" (art. 24), sendo cabível sua prorrogação até o dobro, mediante comprovada justificação (parágrafo único do mesmo artigo);

b) as intimações em geral, e especificamente de prova ou diligência ordenada, serão feitas com antecedência *mínima* de *três dias* ***úteis*** (arts. 26 e 41);

c) o prazo para os órgãos consultivos emitirem seu parecer, quando devam ser obrigatoriamente ouvidos, salvo norma especial ou comprovada necessidade de prazo maior (art. 42), é de *15 dias, no máximo*. Tratando-se de parecer obrigatório e vinculante, o processo não terá seguimento até sua apresentação, responsabilizando-se quem deu causa ao atraso; se obrigatório mas não vinculante, o processo poderá prosseguir e ser decidido, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento (§§ 1º e 2º do mesmo artigo);

d) o prazo para o interessado manifestar-se após o encerramento da instrução do processo é de *10 dias*, salvo se houver outro prazo legalmente fixado (art. 44);

e) o prazo para a Administração decidir o processo administrativo é de *30 dias*, a partir do encerramento da instrução, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49);

f) o prazo para o interessado interpor recurso administrativo – que *deverá ser dirigido à autoridade que proferiu a decisão administrativa* –, salvo disposição legal específica diversa, é de *10 dias*, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59, c/c art. 56, § 1º);

g) interposto o recurso, a autoridade competente deverá intimar os demais interessados no prazo de *cinco dias* ***úteis***, para que apresentem suas alegações (art. 62);

h) o prazo de que a autoridade que proferiu a decisão recorrida dispõe para reconsiderá-la é de *cinco dias*, findos os quais, não o fazendo, elevará o processo à autoridade superior (§ 1º do art. 56);

i) o recurso administrativo, se a lei não fixar prazo diferente, deverá ser decidido no prazo *máximo* de *30 dias*, o qual poderá ser prorrogado ante justificativa explícita (§ 2º do art. 59);

j) o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em *cinco anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, e no caso de efeitos patrimoniais contínuos o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento (art. 54, § 1º). Como a lei não estabelece prazo para a hipótese de comprovada má-fé, há de se entender que será o da regra geral prevista no art. 205 do Código Civil, isto é, o de *dez* anos.

Revogação, anulação e convalidação

67. A lei estabelece, no art. 53, que a Administração *pode revogar* seus atos inconvenientes ou inoportunos, respeitados os direitos adquiridos, e consagra o princípio, em tese correto, de que a anulação dos atos inválidos é obrigatória, pois aí mesmo dispõe que a Administração *deve anular* seus atos inválidos. Dissemos que tal princípio é correto *em tese*, porque nos casos em que caiba *convalidação* do ato entendemos que esta é que *deve* ocorrer, sendo, então, obrigatório efetuá-la, ao invés de anular-se o ato, tudo conforme deixamos exposto no capítulo próprio (Capítulo VII, ns. 161 a 168).

Não foi esta, todavia, a orientação da lei, porquanto no art. 55 estabeleceu que os atos cujos defeitos sejam sanáveis, não havendo lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, *poderão ser convalidados* (ao invés de *deverão* ser convalidados) pela própria Administração. Ao nosso juízo, de fora parte o fato de que esta regra não se aplicaria senão no âmbito federal ou estadual paulista, cuja lei (n. 10.177, de 30.12.1998) adota equivalente solução (art. 11), também não pode prosperar sequer nas referidas esferas. Segundo entendemos, estaria a contrariar um princípio superior, básico no ordenamento jurídico, isto é, o da *segurança jurídica*, o qual, tem que prevalecer, não havendo nisto discrepância com o princípio da legalidade, pois a convalidação também é forma de restaurá-la.

Capítulo IX

LICITAÇÃO

I. Conceito e finalidades. II. A legislação sobre licitação. Normas gerais de licitação e contratos. III. Os princípios da licitação. IV. Quem está obrigado a licitar. V. Os pressupostos da licitação. VI. O objeto licitável, a dispensa e a inexigibilidade de licitação. VII. Modalidades da licitação. VIII. Etapas interna e externa da licitação. IX. Fases da licitação. X. O edital. XI. A habilitação. XII. O julgamento. XIII. Homologação e adjudicação. XIV. Regras especiais para licitações com financiamento internacional e para compras de bens efetuadas no Exterior. XV. Recursos administrativos. XVI. O procedimento licitatório e suas consequências. XVII. Crimes. XVIII. Licitação e mandado de segurança.

I. Conceito e finalidades

1. Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Donde, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada *habilitação*, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o *julgamento*.

2. É a própria Constituição que a impõe, no art. 37, XXI, cujos termos são os seguintes: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". Tal dispositivo contém comandos que, como ao diante se verá, introduzem importantes balizamentos a quaisquer normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos no país.

Esta mesma exigência é reiterada especificamente para as *concessões e permissões de serviço público* no art. 175,[1] o qual se vale, inclusive, de enérgica linguagem, com estabelecer que serão "sempre" precedidas de licitação.[2] É bem de ver que outro tanto se passará no caso das concessões de *obras públicas*, até mesmo porque no Direito brasileiro, tal como as de serviço, são consideradas "contratos". Por isto, umas e outras já se encontram genericamente abrangidas pelo precitado art. 37, XXI.

Aliás, deve-se entender que o simples princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF) e, *a fortiori*, perante a Administração – obrigada a agir com "impessoalidade", nos termos do art. 37, *caput*, da Lei Magna –, normalmente, imporá licitação também no caso das *permissões de uso exclusivo de bem público* ou de qualquer outro ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute

1. Vale notar que o parágrafo único deste artigo, ao estabelecer que "a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação (...)", pode levar pessoas menos habilitadas em Direito a supor que ambas as figuras têm natureza contratual. O intérprete assisado, entretanto, percebe, de imediato, que o constituinte simplesmente expressou-se com impropriedade, incidindo, por descuido redacional, em erro grosseiro. É dizer: vê-se, de logo, que não pode ter pretendido atribuir à permissão de serviço público – ato unilateral que é – o caráter de contrato. Com efeito: se a permissão fosse um contrato, desapareceria como figura autônoma. Seria pura e simplesmente uma concessão de serviço público!

2. Note-se que, entre nós, por mera e flagrante burla ao princípio e às normas de licitação, com ostensivo descaso pela ordem jurídica, a concessão dos serviços públicos de rádio e televisão costuma ser deferida por simples favoritismo, em proveito de apaniguados ou como instrumento de vergonhosa barganha política.

de situação jurídica especial[3] a que mais de um poderia aspirar. Nesta última hipótese, quando as normas regentes da licitação forem indubitosamente inadaptadas ao caso, terá de existir, pelo menos, algum procedimento capaz de assegurar tratamento impessoal, que enseje iguais oportunidades a quantos desejem aceder a ela.

3. Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

4. A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.[4]

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos

3. Estamos a nos referir a quaisquer situações que não estão abertas aos particulares em geral, isto é, cujo desfrute não depende simplesmente de suas vontades ou da mera expressão do direito à livre iniciativa, mas que, pelo contrário, dependem de um ato do Poder Público que invista o interessado no poder jurídico de exercitá-las, como ocorre, *e.g.*, com a outorga de "autorização" para funcionamento de estação de radiodifusão ou para atuar como titular de depósito aduaneiro etc. Não importa a denominação que rotule tais atos: "autorização", "permissão", "habilitação", "credenciamento" ou qualquer outra concebida pela inventiva ou pela atecnia legislativa ou da própria Administração.

4. São estes mesmos os objetivos que a Lei federal 8.666, de 21.6.1993, expedida a título de estabelecer normas gerais de licitação e contratos para todo o País, expressamente consigna, em seu art. 3º, com a redação que lhe deu a Lei 12.349, de 15.12.2010) ao estatuir que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...)".

de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

II. A legislação sobre licitação

5. A competência para legislar sobre licitação (e contratos administrativos) assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar "normas gerais" sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pelo quê cada qual legislará para si própria em sua esfera específica. *Sem embargo, todas devem acatamento às "normas gerais" legislativamente produzidas com alcance nacional, conforme "supra" anotado.*

6. Na órbita federal a matéria é regida pela Lei 8.666, de 21.6.1993, que é também a veiculadora das *normais gerais* obrigatórias em todo o país, com as alterações que lhe foram posteriormente introduzidas por numerosas medidas provisórias e leis. Há também algumas disposições específicas beneficiando as micro ou pequenas empresas, instituídas pela Lei Complementar 123, de 14.12.2006 (entre os arts. 42 a 48 desta mesma lei), com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 147, de 7.8.2014.

Anote-se que as licitações para concessões de serviço ou obra pública, sem prejuízo de estarem – como estão – sujeitas à Lei 8.666, podem apresentar algumas peculiaridades reguladas pelas leis de concessões.[5] Sobre o assunto melhor se dirá no capítulo próprio (Capítulo XII). Também a licitação das parcerias público-privadas, modalidades de concessão, segundo a lei que as rege (Lei 11.079, de 30.12.2004), apresenta peculiaridades nela estabelecidas, que serão examinadas no capítulo mencionado.

Ressaltem-se, entretanto, algumas exceções ao âmbito de abrangência da Lei 8.666.

a) As licitações relativas a telecomunicações *foram inconstitucionalmente* (vício que mais além se aclarará) *colocadas sob um regime próprio* pela lei que criou a autarquia Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Lei 9.472, de 16.7.1997. Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia civil, em que ficou sub-

5. Leis 8.987, de 13.2.1995, e 9.074, de 7.7.1995.

missa à Lei Geral de Licitações, em tudo o mais, a teor do art. 210 da lei da ANATEL, foram expressamente afastadas tanto a Lei 8.666 quanto as leis sobre concessão (ns. 8.987 e 9.074, precitadas). Seria compreensível que, em razão das peculiaridades do setor – o que, de resto, também acontece com outras áreas –, fossem instituídas, *por lei*, regras específicas de par com disposições gerais comuns a toda e qualquer licitação. Não foi, contudo, o que ocorreu.

Estranhamente, o art. 54, parágrafo único, da citada lei dispõe que, ressalvadas as aludidas contratações para obras e serviços de engenharia civil mencionados na cabeça do artigo, para quaisquer outros casos a "Agência poderá utilizar *procedimentos próprios de contratação*, nas modalidades de *consulta* e *pregão*", os quais serão disciplinados *pela própria Agência*, "observadas as disposições desta Lei e, especialmente, (...)", umas tantas regras gerais ali estabelecidas, tudo consoante previsto no art. 55. Hoje, o pregão está disciplinado para todo o país na Lei 10.520, de 17.7.2002. Ulteriormente esta possibilidade de usar do pregão e da consulta foi estendida a todas as agências reguladoras pelo art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000.

Pregão, como modalidade licitatória da ANATEL e tal como resulta do art. 56 de sua lei, seria a forma de seleção adotada nas hipóteses de aquisição de bens e serviços, mediante uma disputa de lances formulados pelos interessados previamente cadastrados ou aberta a quaisquer interessados quando: a) estejam em causa bens de alto valor, como tal definidos em regulamento da ANATEL; b) quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco; c) para o registro de preços; e d) quando o Conselho Diretor da Agência assim o decidir (art. 57). Sobre a *consulta* e os casos em que caberá a lei nada diz, deixando a questão a critério do regulamento, pois estabelece, no art. 58, que será utilizada no fornecimento de bens e serviços não compreendidos nas hipóteses de pregão.

De seu turno, o art. 88 estabelece, como não podia deixar de ser, em face do precitado art. 175 da Constituição, que as *concessões* serão outorgadas mediante licitação, mas o art. 89 dispõe que: "A licitação será disciplinada *pela Agência*, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente, (...)", outras tantas disposições gerais ali mencionadas.

Sem prejuízo de observar-se que a modalidade de "pregão" introduzida pela lei é uma ideia interessante (corresponde aproximadamente ao sistema adotado na *estinzione de candela vergine* do Direito italiano), o fato é que todas estas liberações para que as lici-

tações sejam disciplinadas por regulamentos são também *inconstitucionais*. Deveras, a licitação é uma aplicação concreta do princípio da igualdade, o qual, na Constituição, está encartado como um dos direitos e garantias fundamentais. Assim, não há duvidar que, por força disto, os cidadãos têm o direito de participar de uma licitação segundo regras estabelecidas por *lei – que direitos se regulam por lei, e não por atos de órgão da Administração*. É um contrassenso que, sendo a licitação uma garantia do cidadão contra discriminações indevidas que lhe possam ser feitas *pela Administração*, sua disciplina seja estabelecida precisamente por ela, contra a qual a Constituição quis garanti-lo (a própria Administração). Seria o mesmo que confiar à raposa a segurança do galinheiro.

b) Também a lei da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei 9.478, de 6.8.1997, faz praça desta volúpia de subtrair-se aos cuidados moralizadores próprios da Lei de Licitação e incorre nas mesmas inconstitucionalidades acima apontadas. Assim, seu art. 23 prevê que as concessões das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão precedidas de licitação na forma estabelecida na referida lei. De seu turno, o art. 36 repete a obrigação de obediência à lei em apreço e também ao disposto "na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital". Como a lei *praticamente nada dispõe sobre cautelas e garantias significativas para a igualdade dos disputantes e seriedade do certame*, e como, de outro lado, o edital, obviamente, terá que adequar-se a normas gerais preexistentes, resulta que, *na verdade, as licitações serão disciplinadas pelo que o regulamento houver por bem estabelecer*. Acresce que, a teor do art. 67 da mesma lei, os contratos para aquisição, pela PETROBRÁS, de bens ou serviços serão precedidos de "procedimento licitatório *simplificado*, a ser definido em decreto do Presidente da República". Tem-se, aí, completado um quadro que bem demonstra a que vieram as tais "agências" criadas pelo Governo do Sr. Fernando Henrique.

c) Pior, entretanto, é a situação em relação a alguns serviços de telecomunicações: os de "radiodifusão sonora e de sons e imagens" (rádio e televisão), que, a teor do art. 211 da mesma Lei 9.472 (lei da ANATEL), terão sua outorga "excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Executivo". Como se sabe, a distribuição de canais de televisão e de rádio, tradicionalmente, é feita ao sabor do Executivo, para atender a interesses pessoais ou políticos de pessoas ou grupos, sem quaisquer critérios objetivos que permitam controlar-lhes a juridicidade.

d) Para certas obras e serviços destinados à realização da Copa das Confederações da FIFA (2013), da Copa do Mundo de Futebol (2014) e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016) foi instituído um regime especial, dito Regime Diferenciado de "Contratações" Públicas (RDC) pela Lei 12.462, de 5.8.2011, que é a conversão da MP 537, assunto a ser referido no capítulo X ("O Contrato Administrativo") e que, portanto, não será abordado neste capítulo sobre Licitação.

Dita lei foi alterada pelas Leis 12.688, de 18.7.2012, 12.722, de 3.10.2012, 12.745, de 19.12.2012, e 12.980, de 22.5.2014, e está regulamentada pelo Decreto 7.581, de 11.10.2011, com as alterações introduzidas pelo Decreto 8.080 de 20.8.2013.

Ocorre que, após a delimitação inicial supra assinalada, mais tarde este regime da RDC começou a disseminar-se como praga, vindo a se aplicar a diferentes situações, quais:

d.1) as das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento-PAC (incluída pela Lei 12.688/2012),

d.2) as das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS (incluída pela Lei 12.745/2012),

d.3) as das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (incluída pela Lei 12.980/2014),

d.4) as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (incluída pela Lei 12.722/2012),

d.5) as obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados, efetuados com recursos do FNAC, serão geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos (incluída pela Lei 12.833/2013),

d.6) as da Companhia Nacional de Abastecimento-CONAB para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural e à instituição financeira pública federal, contratada com dispensa de licitação, para atuar nas mencionadas atuações, tais como contratação e fiscalização de obras, serviços de consultoria, inclusive outros de natureza técnica, e aquisição de bens e equipamentos e também gerir recursos financeiros direcionados pela União para reforma, modernização, ampliação e

construção de Unidades Armazenadoras Próprias (incluída pela Lei 12.873/2013).

e) Para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa há as regras especiais estabelecidas na Lei 12.598, de 22.3.2012.

Feitas estas indispensáveis acotações, acentue-se que a Lei 8.666, conforme estabelecem seu art. 1º e parágrafo único, pretende ser impositiva não só para quaisquer Poderes da União, mas também para os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, como se tudo que dela constasse tivesse o caráter de "normas gerais". Esta pretensão, aparentemente alucinada aos olhos de quem tenha algum conhecimento jurídico, certamente vingará.[6] Seu âmbito de regência abarca tanto a Administração direta quanto as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No Estado de São Paulo licitações e contratos ainda são, *de jure*, disciplinados pela Lei 6.544, de 22.11.1989, pois não foi editada nova lei para adaptá-la aos preceitos da Lei 8.666.[7] Permanece em vigor naquilo em que não conflite com as disposições desta última que sejam verdadeiramente categorizáveis como "normas gerais".[8] Já no Município de São Paulo foi promulgada a Lei 13.278, de 7.1.2002, promovendo as cabíveis adaptações.

6. Tudo indica que seus dispositivos serão considerados, todos eles, ou quase todos, válidos e escorreitos para subordinar a legislação de Estados, Municípios e Distrito Federal. Deveras, mesmo no passado, quando dispositivo constitucional algum autorizava a União a impor normas de licitação a sujeitos alheios à sua órbita, esta o fez (a título de legislar sobre normas gerais de Direito Financeiro!), editando o Decreto-lei 2.300, que é o anterior diploma federal sobre licitação e contratos administrativos. Suas determinações, entretanto, foram recebidas com perfeita naturalidade; de acordo, pois, com a exemplar docilidade em acatar as tendências centralizadoras extremadamente exacerbadas no País a partir do golpe militar de 1º de abril de 1964 e que perduram como persistente anacronismo. É que sua continuidade estará sempre bem-alimentada enquanto perdurarem na sociedade brasileira os traços de autoritarismo patriarcal que só vicejam por corresponderem fielmente às aspirações mais profundas e inconscientes de uma coletividade ainda politicamente imatura, que confia mais na batuta de algum regente iluminado do que na própria autonomia, liberdade e consequente responsabilidade.

7. O art. 118 prevê que Estados, Distrito Federal, Municípios e as entidades de administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta lei.

8. No Estado de São Paulo, as licitações passaram, na prática, a se declarar regidas integralmente pela Lei 8.666.

Não cabe aqui, evidentemente, examinar dispositivo por dispositivo das citadas leis para proceder a tal confronto. Contudo, vale a pena apontar algumas diretrizes amplas para sublinhar traços salientes das normas suscetíveis de se qualificarem como "gerais" e, indiretamente, pois, das que não o são.[9]

Normas gerais de licitação e contratos

7. É próprio de quaisquer leis serem gerais. Assim, quando o Texto Constitucional reporta-se a "normas gerais", está, por certo, reportando-se a normas cujo "nível de generalidade" é peculiar em seu confronto com as demais leis. Normas, portanto, que, ao contrário das outras, veiculam *apenas*:

a) preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria.[10] Isto é: daqueloutras que produzirão a ulterior disciplina específica e suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas "gerais".

Segue-se que não serão categorizáveis como disposições veiculadoras de normas gerais as que exaurem o assunto nelas versado, dispensando regramento sucessivo. É claro, entretanto, que o dispositivo que formula princípios ou simples critérios não perde o caráter de norma geral pelo fato de esgotar os princípios ou critérios aplicáveis, visto que nem uns, nem outros, trazem consigo exaustão da disciplina da matéria à qual se aplicam;

b) preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o país, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferençados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, *indiferentemente*, em quaisquer de suas regiões ou localidades.

9. A Profa. Alice Gonzalez Borges, em seu bem-elaborado *Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos* (São Paulo, Ed. RT, 1991), escrito ainda ao tempo do Decreto-lei 2.300, de 21.11.1986, e que se constitui no mais alentado trabalho sobre normas gerais em tema de licitação e contratos, faz uma síntese das lições proferidas por Carvalho Pinto, Rubens Gomes de Sousa e Geraldo Ataliba ao propósito das normas gerais de Direito Financeiro; menciona também os comentos de José Afonso da Silva e Hely Lopes Meirelles, tendo em ponto normas gerais de urbanismo, e ressalta que, a seu ver, o trabalho "mais substancial, sistematizado e profundo" concernente à identificação do que sejam "normas gerais" foi o efetuado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

10. Cf. ao respeito as excelentes observações de Alice Gonzalez Borges, no Capítulo 3 da ob. cit.

Segue-se que não serão normas gerais aquelas que produzem consequências díspares nas diversas áreas sobre as quais se aplicam, acarretando, em certas áreas, por força de condições, peculiaridades ou características próprias da região ou do local, repercussão gravosa sobre outros bens jurídicos igualmente confortados pelo Direito.

c) Cumpre reconhecer, ainda, como incluído no campo das normas gerais a fixação, pela União, de *padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção*, o que poderia ocorrer, seja por inércia de certos Estados, seja mesmo, em determinados casos mais específicos, por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição dos ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica.

Pense-se, por exemplo, se a União, obstada pelo fato de estarem em causa temas arrolados no art. 24 (incisos IX e XII e VI) em que a competência nacional é restrita a normas gerais, não pudesse impor certas disposições concernentes à saúde, como, *verbi gratia*, a qualificação ou reconhecimento de medicamentos inaptos ou prejudiciais, o que, evidentemente, não é mera disposição principiológica ou simples estatuição de diretriz. Do mesmo modo, em tema de educação, a fixação de um currículo mínimo das escolas e faculdades também não o é. Igualmente, a necessidade de proteção ao meio ambiente e o controle da poluição, que implicam a qualificação de certas substâncias químicas como prejudiciais ao entorno, corresponde a uma definição muito mais minuciosa do que o seria a mera enunciação de lineamentos genéricos, principiológicos ou caracterizadores de diretrizes. Em, todos estes casos, a estatuição de "normas gerais" úteis, prestantes para cumprir as funções que delas se espera, exige as referidas minudências, conquanto sejam bem mais específicas do que mera enunciação de princípios ou fixação de coordenadas. Por sem dúvida, se adotada intelecção que limitasse a competência da União à simples enunciação de princípios ou cifrada àqueles genéricos conteúdos que se lhes atribui habitualmente, os riscos para a salvaguarda de interesses capitais seriam evidentíssimos, prescindindo mesmo de qualquer esforço demonstrativo.

Dessarte, de fora parte as diretrizes, princípios e delineamentos genéricos, a União estaria autorizada também a qualificar, em casos

de símile compostura, um *patamar*, um *piso defensivo do interesse público* que a legislação estadual e distrital não poderiam desatender. Porém, acima daquele piso, e obviamente respeitados os princípios e diretrizes pertinentes, Estados e Distrito Federal legislariam livremente sobre as matérias da legislação concorrente. Isto é, poderiam neste campo sempre *estabelecer exigências defensivas do interesse público, ainda mais enérgicas, mais intensas ou mais extensas do que as fixadas pela União*; o que não poderiam seria rebaixá-las porque, aí sim, estariam contrariando normas gerais, é dizer, normas instituídas para caracterizar o patamar mínimo imposto para defesa do interesse público atinente àquele objeto legislado.

III. Os princípios da licitação

8. A Lei 8.666, de 21.6.1993, no art. 3º, dispõe que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Explicitação concreta do princípio da *legalidade* encontra-se no art. 4º da lei, segundo o qual: "Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos".

Em rigor, podem alegar tal direito não apenas "todos quantos participem da licitação", mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja *indevidamente negado acesso*, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.

9. O princípio da *impessoalidade* encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de *designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração*.

10. O princípio da *igualdade* implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas tam-

bém o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, da CF.

Aliás, o § 1º, inc. I, do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato, ressalvadas exceções (de resto bastante amplas e importantes) estabelecidas na defesa de interesses genuinamente nacionais, ou mesmo de países do Mercosul, constantes da própria lei, nos §§ 5º a 15 desse mesmo artigo 3º, que, em especial, salvaguardou o tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte, e no art. 3º da Lei 8.248, de 23.10.1991.[11] Fundamentalmente, consistem em preferências estabe-

11. "§ 5º. Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecido margem de preferência para *produtos manufaturados e para serviços nacionais* que atendam a normas técnicas brasileiras. (Grifos nossos)

"§ 6º. A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I – geração de emprego e renda; II – efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III – desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV – custo adicional dos produtos e serviços; e V – em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

"§ 7º. Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

"§ 8º. As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

"§ 9º. As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: I – à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou II – ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

"§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul/Mercosul.

"§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação

lecidas em prol dos produtos manufaturados nacionais ou serviços nacionais, de acordo com margem, em relação aos produtos estrangeiros, a ser estabelecida com base em estudos que levem em conta determinados fatores (incs. I a V do § 6º) e que será revista pelo menos a cada 5 anos, podendo ser estendida a produtos ou serviços oriundos de países do Mercosul. Esta margem, tratando-se de produtos manufaturados nacionais – como tais entendidos os produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal – e serviços nacionais – os prestados no país, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal – pode ser acrescida de mais 5%, mas não poderá, em seu todo, ultrapassar a 25%. A própria lei estabelece, no § 9º, que ditas preferências não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no país seja inferior à quantidade

comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

"§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei n. 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

"§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5º, 7º, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

"§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

"§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros."

Lei 8.248, de 23.10.1991:

"Art. 3º. Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

"§ 1º. (*Revogado pela Lei 10.176, de 11.1.2001*).

"§ 2º. Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

"§ 3º. A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991."

a ser adquirida ou contratada; ou ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do seu art. 23, quando for o caso. Haverá, a teor do precitado art. 3º da Lei 8.248, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação feitas pela Administração direta, indireta, fundações governamentais ou entidades sob controle direto ou indireto da União, preferência, sucessivamente a I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. Note-se que poderá ainda a licitação ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e produzidos de acordo com o processo produtivo básico na forma definida pelo Poder Executivo federal, quando se tratar de contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos (aqueles cuja descontinuidade provoque dano significativo à Administração Pública e que envolvam requisitos relacionados a informações críticas atinentes à disponibilidade, confiabilidade, segurança).

Saliente-se, ainda, que o § 2º do mesmo art. 3º confere, *em caso de empate*, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: a) produzidos no país; b) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;[12] c) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país.

O fato é que existem diversas normas, de que é exemplo a Lei 11.578, de 26.11.2007 (lei do PAC), estabelecendo o dever dos editais de licitação e subsequentes contratos de se restringirem a produtos manufaturado nacionais e serviços nacionais.

Por outro lado, cumpre assinalar que, a teor da Lei Complementar 123, de 16.12.2006, reguladora das microempresas e empresas de pequeno porte, conforme caracterização que lhes é dada no art. 3º, *caput* e incisos I e II,[13] quando a oferta de empresa assim qualificada

12. Este dispositivo tem certa restrita similaridade com o estatuído anteriormente no art. 171, § 2º, da Constituição (revogado pela Emenda Constitucional 6, de 15.8.1995), o qual dispunha que o Poder Público, quando das aquisições de bens e serviços, conferiria, *nos termos da lei*, preferência às "empresas brasileiras de capital nacional", cuja configuração era feita no inciso II do mesmo artigo. Cumpre, aliás, registrar que o fato de desaparecer uma proteção em nível constitucional não significa que não possa existir em nível legal. Para aprofundar, v. nosso "Preferência para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional", in *RTDP* 27/5-10, 1999.

13. "Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil

for igual ou até 10% superior (5%, no caso de pregão) à mais bem-classificada, será considerada *empatada* com ela, sendo-lhe permitido reduzir seu preço abaixo do que havia sido proposto pelo melhor ofertante. Se o fizer, será a adjudicatária do objeto; e se não o fizer, mas houver congêneres suas também enquadradas no referido intervalo, serão sucessivamente chamadas para o mesmo procedimento. Caso, desde o início, mais de uma micro ou pequena empresa houver feito proposta do mesmo valor, será decidido por sorteio qual delas usará primeiro da prerrogativa de rebaixamento de preço. Tal prerrogativa não existirá se o melhor preço original houver sido ofertado por micro ou pequena empresa. É o que dispõem os arts. 44 e 45 da mencionada lei complementar (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

Além disto, conforme os arts. 47 a 49 desse diploma, com a redação dada pela Lei Complementar 147/2014, nas contratações públicas da Administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão, mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Para o cumprimento deste tratamento diferenciado, a Administração Pública: (a) deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00; (b) poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a sub-contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, oportunidade em que os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e em-

de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)."

presas de pequeno porte subcontratadas; e (c) deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Tais benefícios poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido.

Destaque-se que o tratamento diferenciado não se aplicará quando: (a) não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; (b) não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; e (c) a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte.

Todo este tratamento específico a que se aludiu se aplica também, por força da Lei 11.488, de 15.6.2007, às sociedades cooperativas que se enquadrem no limite previsto no inciso II do referido art. 3º da Lei Complementar 123.[14]

14. "Art. 4º. As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II – variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III – limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV – incessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V – singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI – *quorum* para o funcionamento e deliberação da Assembleia-Geral baseado no número de associados e não no capital; VII – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia-Geral; VIII – indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X – prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços."

Deve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação *positiva* (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. No caso concreto, é a própria Constituição Federal que impõe, como princípio da ordem econômica, o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país" (art. 170, IX, e 179). Ou seja: ali se determina a outorga de vantagens às sobreditas empresas. É a Lei Magna, portanto, que estabelece uma correlação entre o pequeno porte econômico de uma empresa e a justeza de se lhe atribuir benefícios em sua atividade empresarial.

11. O princípio da *publicidade* impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão. De resto, a Lei 8.666, no § 3º do art. 3º, estatui que: "A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura". Acresce que o art. 4º também menciona o direito de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do certame. Demais disto, existem outros preceptivos que facultam uma fiscalização do certame por qualquer pessoa (por exemplo: arts. 15, §§ 2º e 6º; 16; 41, § 1º; e 113, § 1º).

12. O princípio da *moralidade* significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da *probidade administrativa*. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

13. O princípio da *vinculação ao instrumento convocatório* obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666.

14. O princípio do *julgamento objetivo* almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. Esta preocupação está enfatizada no art. 45 da lei.

Cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade *absoluta* só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes *indispensáveis para a aferição das propostas* –, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

15. Ao nosso ver, os princípios cardeais[15] da licitação poderiam ser resumidos nos seguintes: a) *competitividade*, b) *isonomia*; c) *publicidade*; d) *respeito às condições prefixadas no edital*; e e) *possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores*.[16] Afora o princípio da competitividade, que, embora não mencionado especificamente pela lei em tal qualidade, é da essência da licitação (tanto que a lei o encarece em alguns dispositivos, como no art. 3º, § 1º, I, e no art. 90), todos descendem do princípio da isonomia, pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência.

Os cânones em causa devem obrigatoriamente informar qualquer licitação. Admite-se, tão só, que podem sofrer contemperamentos, especialmente em vista de operações que envolvam recursos de menor monta, comportando publicidade restrita e disputa em círculo eventualmente limitado de concorrentes.

15. Usamos a denominação de princípios "cardeais" para referir aqueles que ou lhe são peculiares ou nela apresentam relevo invulgar. Além deles, claro está que a licitação, por ser um instituto de Direito Administrativo, assujeita-se também a todos os outros que informam este ramo jurídico, como, *v.g.*, os da legalidade e da moralidade.

16. Os autores dissentem quanto ao número de princípios da licitação. Em geral, todavia, a discordância radica-se em que fundem ou desdobram os mesmos preceitos. Sayagués Laso encarece o princípio da igualdade e do estrito cumprimento do edital (*La Licitación Pública*, Pena e Cia., 1940, pp. 52 e 53). José Roberto Dromi ressalta a livre concorrência e a igualdade entre os ofertantes (*La Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 134). Adílson Dallari menciona a igualdade, a publicidade e a estrita obediência ao edital (*Aspectos Jurídicos da Licitação*, 3ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 26). Note-se que todos referem a igualdade. Note-se também que a livre concorrência pressupõe publicidade e que não pode haver igualdade sem o estrito cumprimento do edital.

IV. Quem está obrigado a licitar

16. Por força do art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal, estão obrigadas à *licitação pública* tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas; isto é: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

A Lei 8.666, em seu art. 1º e parágrafo único, estatui que suas normas aplicam-se aos três Poderes e que a ela estão sujeitos os órgãos da Administração direta, os fundos especiais,[17] as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e *demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*.[18] Prevê, ainda, em seu art. 119 e parágrafo único, que sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, bem como entidades direta ou indiretamente controladas pelas pessoas jurídicas de capacidade política, editarão regulamentos próprios assujeitados às disposições da lei em apreço, os quais serão publicados na imprensa oficial, após aprovação pela autoridade de nível superior a que estejam vinculadas.

Sem embargo, como dantes se anotou, com a sobrevinda do chamado "Emendão" (Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), por força do qual foram alterados os termos do art. 22, XXVII, da Lei Magna, surgiram dúvidas sobre o regime de licitação e contratos que será *futuramente* aplicável às sociedades de economia mista e empresas públicas.

Remetemo-nos ao que – no capítulo em que examinamos tais entidades – deixamos dito sobre o assunto, esclarecendo as razões do ponto de vista que nos parece correto (Capítulo IV, ns. 76-83). Basta referir que, ao nosso ver, as sociedades de economia mista e empresas públicas *prestadoras de serviços públicos* continuam e continuarão a ser regidas pela Lei 8.666, visto que não foram afetadas pelo mencionado dispositivo. Já as *exploradoras de atividade econômica* passarão a ser regidas futuramente pela lei a que se refe-

17. Estes fundos estão mencionados superabundantemente, pois são órgãos da Administração direta. Se não o fossem, seriam fundações governamentais.

18. O dispositivo é extremamente salutar, pois, abrangendo todos os sujeitos auxiliares do Poder Público, tenham a natureza que tiverem (de Direito Público ou de Direito Privado), propõe-se a coartar desmandos em que eram pródigas as empresas estatais, sobretudo as da União, dentre as quais, aliás, possivelmente sempre ocuparam um lugar de excelência na matéria as do famoso "Sistema Telebrás". Para as empresas estatais não mais existe, como ocorria na legislação precedente, uma válvula de escape: a de "regulamentos adaptados a suas peculiaridades".

re o mencionado art. 22, XXVII, a ser editada na conformidade do art. 173, § 1º, III, que trata precisamente da atuação direta do Estado no domínio econômico.

De toda sorte, até o presente a situação permanece inalterada. As considerações que seguem, portanto, têm em vista a situação atual.

17. Questão que, mesmo hoje, merece certa detença é a de se saber se sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica estão ou não sujeitas ao dever de licitar. Estarão também elas obrigadas a licitar, tendo em vista que o art. 173, § 1º, II, da Constituição as declarou "sujeitas ao regime próprio das empresas privadas"? Parece-nos que, *com as significativas ressalvas adiante feitas*, a resposta terá de ser afirmativa. E que, pois, não se pode tomar ao pé da letra a dicção do preceptivo cogitado.

Com efeito, em inúmeros outros artigos da Constituição – como no art. 37, XXI, atinente à licitação – encontram-se normas que impõem a quaisquer entidades da Administração indireta regramento diverso do aplicável às empresas privadas, *sem discriminar se são ou não exploradoras de atividade econômica*. E em nenhum deles caberia duvidar de que também estas últimas estão abrangidas pelos sobreditos preceitos, conquanto as normas em questão lhes confiram tratamento distinto do que se aplica às empresas privadas.[19] Assim, também, não há por que pretender que o art. 37, XXI, esbarre no art. 173, § 1º, II.

Entretanto, será forçoso reconhecer que em *inúmeros casos* a licitação será *incompatível* com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, *nestas hipóteses* em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.

Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe e é evidente nas hipóteses em que a entidade apenas está adquirindo,

19. É o caso dos arts. 5º, LXXIII, 14, § 9º, 49, IX, 52, 53, 54, 55 e 71 – para mencionar alguns deles.

montando, reformando ou alienando suas instalações ou equipamentos, sem que, em tais operações, haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada com as exigências da atividade negocial que lhe é pertinente.

V. Os pressupostos da licitação

18. A realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos *pressupostos*. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido. Ditos pressupostos são de três ordens, a saber: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; e c) pressuposto fático.

19. É pressuposto *lógico* da licitação a existência de uma *pluralidade de objetos* e de uma *pluralidade de ofertantes*. Sem isto não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato. Tal pressuposto diz, então, com o tema do chamado "objeto singular" e com o tema identificado como caso de "ofertante único ou exclusivo", a serem ao diante tratados.

20. É pressuposto *jurídico* o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover.

Posto que a função de tal instituto é servir – e não *desservir* – o interesse público, em casos que tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração. Com efeito: a licitação não é um fim em si mesmo; é um *meio* para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, *seria descabido* realizá-la. Embora fosse logicamente possível realizá-la, seria ilógico fazê-lo em face do *interesse jurídico a que se tem que atender*. Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de "dispensa" de certame licitatório ou os que terão que ser considerados como de "inexigibilidade" dele.

21. É pressuposto *fático* da licitação a existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realizá-la. Seria inviável, por exemplo, abrir-se um certame licitatório para obter o parecer de um jurista famoso, os serviços de um consagrado advogado para uma sustentação oral, ou uma cirur-

gia a ser efetuada por renomado especialista. Nenhum deles prestar-se-ia a isto.[20]

Convém determo-nos sobre o que denominamos de "pressupostos lógicos" de sua realização. Merecem um tratamento mais detido, pois identificam qual é o *objeto* licitável.

VI. O objeto licitável, a dispensa e a inexigibilidade de licitação

22. São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes.

Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus "pressupostos lógicos", em duas hipóteses:

a) quando o *objeto pretendido é singular*, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um *ofertante*, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito.

Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se denomina produtor ou fornecedor exclusivo.

23. Em rigor, nos dois casos cogitados não haveria como falar em "dispensa" de licitação, pois só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível. Por isso a legislação optou por denominá-las como casos de "inexigibilidade de licitação", expressão, aliás, que também não é feliz.

Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja.[21]

20. Além do mais, nem sempre o objeto pretendido resultaria do certame, pois a disputa, muitas vezes, só poderia, no máximo, exibir uma amostragem da habilidade do profissional (o caso de uma cirurgia, por exemplo).

21. Quanto aos limites de intervenção de um critério administrativo para especificar o objeto desejado pela Administração, v. nosso "Licitação – Do objeto licitável", parecer in *RDP* 8/96-98, abril-junho/1969.

Bens singulares

24. Os bens singulares, consoante se disse, não são licitáveis. Um bem qualifica-se desta maneira quando possui individualidade tal que o torna inassimilável a quaisquer outros.

Esta individualidade pode provir de o bem ser singular (a) em sentido *absoluto*, (b) em *razão de evento externo a ele* ou (c) por *força de sua natureza íntima*.

a) Singular em sentido *absoluto* é o bem de que só existe uma unidade. Um selo do qual se emitiu apenas um exemplar ou, se emitidos vários, os demais foram destruídos é objeto singular único em sentido absoluto.

b) Singular em *razão de evento externo* é o bem a que se agregou significação particular excepcional. Uma espada utilizada em acontecimento histórico relevante é objeto que se tornou único por força de fator externo que se incorporou nele. Poderão existir inúmeras espadas do mesmo formato, fabricação, época e composição metálica; sem embargo, àquela aderiu irremovivelmente uma qualidade que a singularizou.

c) Singular em *razão da natureza íntima do objeto* é o bem em que se substancia realização artística, técnica ou científica caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor. Uma produção intelectual, como um livro de crônica, uma obra de arte, um quadro, são singulares pela natureza íntima do objeto.

Serviços singulares

25. Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe –, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. Neste quadro cabem os mais variados serviços: uma monografia escrita por experiente jurista; uma intervenção cirúrgica realizada por qualificado cirurgião; uma pesquisa sociológica empreendida por uma equipe de planejamento urbano; um ciclo de conferências efetuado por professores; uma exibição de orquestra sinfônica; uma perícia técnica sobre o estado de coisas ou das causas que o geraram.

Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos.

26. Evidentemente, o que entra em causa, para o tema da licitação, é a *singularidade relevante*, ou seja: cumpre que os fatores singularizadores de um dado serviço apresentem realce para a satisfação da necessidade administrativa. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de cada qual *repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro*. A este assunto tornar-se-á, a breve trecho, ao examinar a contratação de serviços técnicos especializados, no tópico relativo à inexigibilidade de licitação.

Sistematização legal dos casos excludentes de licitação

27. Certamente em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei 8.666 tanto prevê casos de *dispensa* de licitação (art. 24) quanto de sua *inexigibilidade* (art. 25).

Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já, a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável.

Os casos qualificados pela lei como de licitação dispensável

28. O art. 24 da Lei 8.666 arrola os seguintes casos como de licitação dispensável: (incisos I e II) obras, serviços, compras e alienações de modesto valor, com ressalva das hipóteses ali especificadas;[22] (inci-

22. De valor até 10%, cf. Lei 9.648, de 27.5.1998, de uma importância fixada na alínea "a" do inciso I do art. 23 para obras e serviços de engenharia, e na alínea "a" do inciso II para outros serviços e para compras e alienações, importâncias, estas, que, na conformidade do art. 120, com a redação que lhe foi atribuída pela mencionada lei, sempre que necessário, serão revistas pelo Poder Executivo Federal, que as publicará no *Diário Oficial*. Ditos porcentuais serão de 20% para as compras, obras e serviços

so III) guerra ou grave perturbação da ordem; (inciso IV) emergência ou calamidade, quando urgente o atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços ou bens;[23] (inciso V) possa haver prejuízo para a Administração na repetição de licitação para a qual não acudiram interessados; (inciso VI) intervenção da União no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; (inciso VII) quando as propostas apresentarem preços manifestamente superiores aos do mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes e os concorrentes não aceitarem rebaixá-los no prazo de oito dias, ou, no caso de convite, em três, admitir-se-á adjudicação direta por valor não superior ao constante do registro de preços; (inciso VIII) tratar-se de aquisição, feita por pessoa jurídica de Direito Público, de bens ou serviços prestados por entidade da Administração Pública, criada para este fim específico antes da vigência da Lei 8.666, e os preços forem compatíveis com os do mercado; (inciso IX) possibilidade de comprometimento da segurança nacional – matéria, esta, regulamentada pelo Decreto 2.295, de 4.8.1997; (inciso X) compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de localização e instalação condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com os do mercado, mediante avaliação prévia; (inciso XI) contrato do remanescente de obra, serviço ou fornecimento, com licitantes de certame anterior, subsequentemente a uma rescisão contratual, obedecida a ordem de classificação e nas mesmas condições substanciais originais; (inciso XII) compras de gêneros alimentícios perecíveis, realizadas diretamente, com base no preço do dia, no tempo necessário à efetivação dos correspondentes procedimentos licitatórios; (inciso XIII) contrato de instituição nacional que regimental ou estatutariamente seja incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que possuam inquestionável repu-

contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública bem como em autarquia e fundação legalmente qualificadas como agências executivas. Tais dispensas, entretanto, não são admissíveis nos casos de obras e serviços de engenharia quando se trate de parcelas de uma mesma obra ou serviço ou quando em causa obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Também não são admissíveis no caso de outros serviços, no de compras e no de alienações permitidas em lei, quando referentes a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação que possam ser realizados de uma só vez.

23. A aquisição cingir-se-á aos bens necessários ao atendimento da situação calamitosa e à contratação da parcela de obras ou serviços que possa ser concluída em 180 dias ininterruptos, contados da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação.

tação ético-profissional e não tenham fins lucrativos; (inciso XIV) aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso, se as condições forem manifestamente vantajosas; (inciso XV) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos de autenticidade certificada, se compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão; (inciso XVI) para a impressão de diários oficiais, formulários padronizados de uso da Administração, edições técnicas oficiais, bem como serviços de informática, a pessoa jurídica de Direito Público, por entidades que integrem a Administração Pública, criadas para este fim específico; (inciso XVII) aquisição, junto ao fornecedor original do equipamento, das peças e componentes necessários à manutenção dele durante o período da garantia, quando sua persistência dependa de tal exclusividade; (inciso XVIII) compras ou serviços – até o limite de valor do convite para compras – efetuadas para abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus gastos de deslocação, quando em estada eventual de curta duração fora de sua sede por deslocação operacional ou de adestramento, se a exiguidade dos prazos da licitação puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações; (inciso XIX) compras de materiais de uso das Forças Armadas, quando necessário manter-lhes a padronização de material (não administrativo, nem pessoal), requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (inciso XX) contratação de mão de obra ou serviços, desde que o preço seja compatível com o do mercado, de associação, sem fins lucrativos, de deficientes físicos; (inciso XXI) aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, pela FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para este fim específico; (inciso XXII) contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, com concessionária, permissionário ou autorizado, na forma da legislação específica; (inciso XXIII) na contratação realizada por empresas públicas e sociedades de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição de bens e serviços, desde que por preço compatível com o de mercado; (inciso XXIV) para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; (inciso XXV) na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação

protegida; (inciso XXVI) na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua Administração indireta para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; (inciso XXVII) na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; (inciso XXVIII) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; (inciso XIX) na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força; (inciso XXX) na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal; (inciso XXXI) nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei 10.973, de 2.12.2004 (artigos relacionados a atuação volvida ao desenvolvimento de pesquisa científica e tecnológica e cooperação nesta área entre órgãos governamentais e entidades de direito privado sem fins lucrativos com igual escopo); (inciso XXXII) na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei 8.080, de 19.9.1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica; e (inciso XXXIII) na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

O parágrafo 1º do art. 24 estabelece que: "Os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, socie-

dade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas", e o § 2º dispõe: "O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a Administração Pública estabelecido no inciso VIII do *caput* deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS".

Cumpre salientar que a dispensa de licitação prevista no inciso XXVI só é admissível quando o contrato de programa seja pura e simplesmente um meio de colaboração economicamente desinteressada entre as pessoas governamentais ou esteja em causa uma atividade de interesse comum delas. Isto porque nenhuma entidade governamental pode tomar um serviço público ou atividade pública da alçada de pessoa sita em diversa órbita político-jurídica como um objeto prestante, para daí extrair uma captação de proveito econômico. As razões desta assertiva estão esclarecidas ao se tratar das concessões de serviço público (Cap. XII, item 28, e nota de rodapé 23) e dos contratos de programa (Cap. X, item 82).

28-A. A este total haver-se-ão de aditar as hipóteses de alienação previstas no art. 17 da própria Lei 8.666. Este preceptivo declara "dispensada" a licitação no caso de certas *alienações* de bens, que arrola.

É o que ocorre, no caso de *imóveis*, quando a alienação, devidamente justificada e sempre precedida de avaliação, for efetuada a título de (a) dação em pagamento; (b) doação, só permitida para órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas "f" e "h" (redação da Lei 11.952, de 25.6.2009); (c) permuta por imóvel para o serviço público e cuja localização haja condicionado sua escolha; (d) investidura; (e) venda a entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo; (f) alienação, gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social efetuados por órgãos ou entidades da Administração Pública (redação da Lei 11.481/2007); (g) procedimentos de legitimação de posse, para o ocupante de terras públicas em área contínua de até 100ha que as tenha tornado produtivas com seu trabalho e o de sua família, desde que, não sendo proprietário de imóvel rural, nelas tenha morada permanente e cultura efetiva há pelo menos um ano; (h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de di-

reito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; e i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal, onde incidam ocupações até o limite de 15 módulos fiscais ou 1.500ha, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais (incluído pela Lei 11.952/2009). Embora a cabeça do art. 17 fale em "alienação", algumas das hipóteses da alínea "f" (concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso) e a suposta na alínea "g" não são casos de alienação (legitimação de posse), ainda que, atendidas certas condições, possam nela se converter.

Além delas, o § 2º prevê, em seu inciso I, a possibilidade de se efetuar sem licitação a concessão de título de propriedade ou de direito real de uso a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel. No inciso II deste parágrafo estatui-se que a Administração, no espaço da Amazônia Legal, poderá, sem licitação e igualmente sem prévia autorização legislativa (§ 2º A), conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis rurais à pessoa natural que nos termos de ato normativo competente haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural em área superior a 1 módulo fiscal e limitada a 15, desde que não exceda a 1.500ha (redação dada pela Lei 11.952/2009) e a diversos condicionantes, entre os quais o de que sua ocupação por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004.

Poder-se-ia mencionar ainda a hipótese prevista na Lei 8.987, de 13.2.1995, cujo art. 32 estatui que as empresas estatais que participem, na qualidade de licitantes, de concorrência para concessão ou permissão de serviço público poderão, para compor suas propostas, colher preços de terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação. Tal hipótese, entretanto, é desenganadamente inconstitucional, conforme anotamos mais além (Cap. XII, n. 29).

Finalmente, a Lei 11.941, de 27.5.2009, estabeleceu que os responsáveis pela cobrança da Dívida Ativa da União poderão contratar, *com dispensa de licitação*, instituição financeira *pública* a fim de que esta realize atos destinados a obter satisfação amigável de créditos inscritos, desde que dita instituição possua notória competência para recuperação de créditos não pagos.

28-B. No caso de alienação de bens *móveis* a licitação é considerada "dispensada", conforme o art. 17, II, quando se tratar de (I) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social; (II) permuta, realizável apenas entre órgãos ou entidades da Administração Pública; (III) venda de ações, que poderão ser negociadas em Bolsa; (IV) venda de títulos na forma da legislação pertinente; (V) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração, em virtude de suas finalidades; e (VI) venda de materiais ou equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

28-C. A lei, no § 3º do art. 17, define a investidura, acima referida, como sendo ou (a) a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros da área remanescente ou resultante de obra pública tornada inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que não ultrapasse a 50% do valor estabelecido para a modalidade licitatória "convite", aplicável às compras e serviços que não sejam atinentes a obras e serviços de engenharia, ou (b) a alienação aos legítimos possuidores ou, na falta destes, ao Poder Público de imóveis residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a hidrelétricas, considerados dispensáveis na fase de operação delas, contanto que não integrem a categoria de bens reversíveis ao cabo da concessão.

Inexigibilidade de licitação

29. De acordo com o art. 25 da Lei 8.666: "É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I – para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro de comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".

30. Cumpre salientar que a relação dos casos de inexigibilidade *não é exaustiva*. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexi-

gível *quando inviável* a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isto disse, em seguida: "em especial (...)". Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resoluta indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis*.

Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios. Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse a tal propósito.

Tais casos, como se exemplificará, têm que ser excludentes de licitação e, então, devem, conforme se disse, ser havidos como abrigados no *caput* do art. 25, ainda que a ele se tenha que conferir algum elastério, se por outra razão não fosse, sê-lo-ia, ao menos, para atender à incontendível e sempre lembrada advertência de Carlos Maximiliano: "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".[24]

Outra hipótese de inexigibilidade está no *credenciamento*, que é o procedimento administrativo pelo qual a Administração convoca todos os interessados em com ela travar contratos, desde que satisfeitos os requisitos previamente estipulados, haja vista a inviabilidade de competição em determinado setor (sobre este assunto, v. Cap. VII, 101-A).

31. Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública *exploradoras de atividade econômica* (art. 173 e § 1º da Constituição) efetuassem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzem.

24. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Forense, 1995, p. 103.

Sem embargo, a lei só caracteriza como "dispensável" licitação quando da intervenção do Estado no domínio econômico "para regular preços ou normalizar o abastecimento" (inciso VI do art. 24) e para "venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades" (art. 17, II, "e"). Ora, há empresas estatais cujas atuações na esfera econômica *não têm por finalidade nem um, nem outro, dentre estes dois escopos*, e não há previsão de dispensa para aquisição dos insumos necessários à sua produção ou comercialização rotineira. Basta pensar naquelas que venham a ser instituídas para atender a imperativos da segurança nacional (art. 173); ou nas que, tendo sido constituídas, no passado, em desnecessária concorrência com as empresas privadas ou, então, para fomentar o desenvolvimento de setor insuficientemente suprido pela livre iniciativa – ao depois por esta preenchido –, não foram privatizadas. O mesmo poder-se-á dizer daqueloutras empresas que, por razões ocasionais, como ocorreu com muitas absorvidas pelo BNDES, passaram ao controle acionário da União. Sob pena de inviabilizar-lhes a atividade, ter-se-á de entender que é inexigível licitação para aquisição rotineira dos insumos de sua produção, tanto quanto para a comercialização do produzido. O estribo normativo para dita conclusão será, pois, a cabeça do art. 25.

32. Em suma: sempre que se possa detectar uma *induvidosa* e *objetiva* contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o *pressuposto jurídico* da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, *caput*.

33. Consideremos agora tão somente o inciso II do art. 25, pois a hipótese referida no inciso I é manifestamente caso de *bem singular*, assunto que já foi tratado com o desenvolvimento necessário, e a do inciso III não desperta maiores dificuldades.

No inciso II o que entra em pauta é o serviço ou atividade singular, questão que reclama atenções maiores, pois sempre despertou inúmeros pontos de questionamento em nosso Direito. Cumpre, então, tratar dela com algum cuidado.

Serviços técnicos de natureza singular

34. O diploma em causa, como visto, declara inexigível licitação quando se trate de contratar os "serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação".

Anote-se, desde logo, que o mencionado art. 13 dispõe: "Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II – pareceres, perícias e avaliações em geral; III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico".

35. De seu turno, o § 1º do art. 25 apresenta um conceito de notória especialização. Diz ele: "Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato".

36. Em face do inciso II do art. 25 (contratação de profissional de notória especialização), pode-se propor a seguinte indagação: basta que o serviço esteja arrolado entre os previstos no art. 13 e que o profissional ou empresa sejam notoriamente especializados para que se configure a inexigibilidade da licitação, ou é necessário algo mais, isto é, que nele sobreleve a importância de sua natureza singular?

Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço *cuja singularidade seja relevante para a Administração* (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado "de natureza singular", logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13.

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, *irrelevante* que seja prestado por "A" ou por "B", não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. *Pois é claro*

que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço.

37. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, *como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa*, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade *científica*, *técnica* ou *artística*, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e *tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público*. Bem por isto *não é indiferente* que sejam prestados pelo sujeito "A" ou pelos sujeitos "B" ou "C", ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

38. É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.

Foi, aliás, o que a saudosa professora Lúcia Valle Figueiredo, então Desembargadora Federal do TRF da 3ª Região, apontou com

propriedade: "Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos".[25]

Com efeito, o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles.

39. Assim, o entendimento correto perante a primeira questão suscitável pelo art. 25, II, é o de que para configurar-se a hipótese de "inexigibilidade" de licitação não basta que se esteja perante um dos serviços arrolados no art. 13. É preciso, *além disto*, que, tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa. Donde, é preciso que seu *desempenho demande uma qualificação incomum.*

Justificação de dispensas e de inexigibilidade

40. O art. 26 determina que as dispensas de licitação previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III e ss. do art. 24 (as quais abrangem todos casos, salvo os pertinentes a dispensas por pequeno valor do objeto), assim como as situações de inexigibilidade e o retardamento previsto no parágrafo único do art. 8º deverão ser necessariamente justificados e comunicados, dentro em três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Além disto, conforme previsão do parágrafo único, o processo de dispensa, o de inexigibilidade e o de retardamento *supra* referido serão instruídos, "no que couber, com os seguintes elementos: I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II – razão da escolha do fornecedor ou do executante; III – justificativa do preço; e IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados".

41. Anote-se, finalmente, que, nos termos do art. 89 da Lei 8.666, é crime, apenável com detenção de três a cinco anos e multa, "dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei,

25. *Direitos dos Licitantes*, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 32.

ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade".

Licitação proibida

42. De par com as figuras da licitação inexigível e da licitação dispensável, podem ser reconhecidos casos de licitação "proibida". O exemplo típico, *mas não único*, é aquele que ao tempo do Decreto-lei 2.300 estava formalmente identificado como tal e hoje se encontra referido no art. 24, IX, entre as hipóteses de licitação "dispensável"; a saber: "quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional". A sistematização legal deixou de referir a licitação proibida simplesmente porque é imperfeita e não apenas sob este aspecto.[26]

VII. Modalidades da licitação

43. No sistema brasileiro a licitação compreendia cinco modalidades, conforme ainda hoje está declarado no art. 22 da Lei 8.666, cujo § 8º dispõe: *é vedada a combinação delas, ou a adoção de outras*. Sem embargo, atualmente há uma sexta modalidade (que é o "pregão") prevista na Lei 10.520, de 17.7.2002.

Como já se disse, a lei da ANATEL (de n. 9.472, de 16.7.1997), em despeito da vedação estabelecida no § 8º, contemplou mais duas outras figuras: o "pregão" e a "consulta". Ambas foram, ao depois, estendidas para as agências reguladoras em geral pelo art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000.

O *pregão,* que nascera viciado, (v. n. 6 deste Capítulo e Capítulo IV, ns. 28 e ss.), ulteriormente foi regulado e liberado para toda a esfera Federal, e só para ela, pela MP 2.026, de 4.5.2000. Por fim,

26. Com efeito, além de catalogar como casos de licitação "dispensável" – o que faz presumir uma possibilidade e não um dever de dispensar – situações em que esta haveria de ser considerada como "proibida" (incisos IV, V e IX do art. 24), também inclui neste arrolamento hipóteses em que, na verdade, está manifestamente configurada "inexigibilidade de licitação" (incisos X e XV do art. 24). Demais disto, no art. 17 vale-se da expressão "licitação dispensada" em relação a diversas hipóteses de *alienação*, quando várias delas seriam também casos de "inexigibilidade" (inciso I, "a", "c" e "d", bem como inciso II, "b" e "e"). Entre tais casos estão incluídas também hipóteses configuráveis como de licitação "dispensável" (incisos I, "b", e II, "c", "d" e "f").

a citada Lei 10.520 o fez aplicável a todo o país, com o que ficou, a partir daí, sanado o vício original, pois nada se opõe a que dita lei seja também havida como "norma geral" superveniente à Lei 8.666. Contudo, não se reportou ao rol de modalidades licitatórias previstas no art. 22 da Lei 8.666 e à sua proibição de serem estabelecidas modalidades novas. Daí a convivência desta sexta figura com as outras cinco, sem alteração dos dizeres legais anteriores.

Quanto à "consulta", não pode ser admitida. É que sua compostura não foi delineada por lei alguma, já que a Lei 9.472, que a referiu pela primeira vez, disse que seria disciplinada pela ANATEL (art. 55), ou seja, procedeu a uma *inconstitucional delegação legislativa*. Como se sabe, a Constituição previu as delegações legislativas no art. 68, de acordo com o qual as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional, sendo certo que a delegação terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. Nada disto ocorreu, e o beneficiário da "delegação" não foi o Chefe do Poder Executivo nacional, mas uma mísera autarquia!

44. As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666 são as seguintes:

a) concorrência;

b) tomada de preços;

c) convite;

d) concurso;

e) leilão.

As três primeiras são, de longe, as mais importantes. A adoção de uma ou outra delas (*concorrência*, *tomada de preços* ou *convite*) depende, como regra geral, do valor que a Administração presumivelmente irá despender com a relação jurídica que normalmente as sucederá. Com efeito, a lei estabelece, no art. 23, *patamares de valor* aos quais corresponderão estas distintas modalidades, conforme se trate (I) de obras e serviços de engenharia ou (II) de serviços de outra natureza e de compras.[27]

27. Ressalve-se que, conforme prescreve o § 6º do art. 23, as organizações industriais da Administração Federal direta obedecerão aos mesmos patamares de valor previstos para obras e serviços de engenharia também em suas compras e serviços em geral quando se trate da aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos da União. No caso de consórcio público formado por até três entes da Federação aplicar-se-á o dobro dos valores previstos no *caput* do art. 23 e o triplo quando formado por número maior (§ 8º do art. 23).

Aliás, também a possibilidade de utilização do leilão depende do valor pelo qual foi avaliado o bem a ser vendido, conforme resulta do art. 17, § 6º.

45. A concorrência é obrigatória no caso de valores mais elevados; a tomada de preços, tal como o leilão, é prevista para os negócios de vulto médio e o convite para os de modesta significação econômica.[28] Sem embargo, a Administração pode, ao invés de adotar a modalidade correspondente ao respectivo patamar de valor, optar pela prevista para patamar de valor mais elevado (art. 23, § 4º); evidentemente, jamais o inverso.

Para evitar que se chegue indiretamente a tal resultado, mediante licitações de parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente, a lei estabelece, no § 5º do art. 23, que em tais casos a modalidade a ser adotada *é a que corresponderia ao vulto delas tomadas em seu conjunto* (como se fossem uma só),[29] ressalvadas apenas as parcelas de natureza específica cuja execução corresponderia a pessoa ou empresa de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

46. Com exceção do convite, cuja divulgação se faz por *carta* e *afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado* (art. 22, § 3º), todas as modalidades licitatórias dependem da *publicação* de aviso contendo um resumo do edital com a indicação do local em que os interessados poderão obter-lhe o texto completo, bem como todas as informações sobre o certame (art. 21 e § 1º).

Entre *esta divulgação e a apresentação das propostas* (nos casos de concorrência, tomada de preços e convite) ou a *realização do evento* (nos casos de leilão e concurso) mediarão prazos *mínimos* obrigatórios, variáveis em função da modalidade licitatória ou outras circunstâncias, como ao diante se verá (art. 21, § 2º), ao tratar de cada qual delas.

28. Seria inútil referir tais valores, dada sua grande mobilidade. É que, a teor do art. 120: "Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no *Diário Oficial da União*, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado no período".

29. Embora o texto em apreço só fale em obras ou serviços, a regra certamente vale também para compras, como é lógico. De resto, o conteúdo de tal preceptivo já estava implicado no § 2º do mesmo artigo, cuja dicção abrangia a hipótese de compras.

Tais prazos contam-se a partir da data *da última publicação do edital resumido, ou da expedição do convite ou, ainda, da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos*, prevalecendo o que ocorrer mais tarde (art. 21, § 3º). São computados em dias corridos (vale dizer, consecutivos, nada importando se são ou não úteis) – *salvo no caso do convite, em que só se contam dias úteis* –, sempre excluído o dia de início e incluído o de vencimento, mas só se iniciam e se vencem em dia de expediente no órgão ou na entidade promotora do certame (art. 110 e parágrafo único).

47. Todos os prazos indicados pela lei para divulgação dos certames licitatórios constituem-se no *mínimo* a ser respeitado, porque, dependendo da licitação, isto é, da complexidade de seu objeto, ou mesmo de outros fatores, os interessados podem necessitar de tempo maior para preparar sua participação. Em tal caso, se a Administração não fixar prazo bastante, a licitação será inválida.

Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma adotada para o texto original, começando, a partir daí, nova contagem integral do prazo. A lei exclui desta exigência apenas o caso de alterações que, inquestionavelmente, não afetem a formulação das propostas (art. 21, § 4º). Sem embargo, o princípio da igualdade, expressamente assumido pela lei no art. 3º e que tem estribo constitucional direto, como dantes se viu, exige que o reinício do prazo ocorra *também* nos casos em que a alteração interfira com requisitos de *habilitação* para disputar o certame.[30]

48. A *concorrência* (art. 22, § 1º) é a modalidade licitatória genérica destinada a transações de *maior vulto*, precedida de ampla publicidade, à qual podem acorrer *quaisquer interessados* que preencham as condições estabelecidas.

Será, entretanto, obrigatória, independentemente da magnitude do negócio, nos seguintes casos, na conformidade do art. 23, § 3º: a) na compra de bens imóveis; b) nas alienações de bens imóveis para as quais não se haja adotado a modalidade do leilão – procedimento, este último, aliás, circunscrito a hipóteses em que o valor do bem não exceda o limite da tomada de preços estabelecido para compras;[31] c) nas concessões de direito real de uso.

30. É, de resto, o que acertadamente observa Jessé Torres Pereira Jr., em seus *Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 111.

31. Com efeito, se tal limite vigora para a alienação de bens móveis (art. 17, § 6º), *a fortiori*, vigorará no caso de imóveis.

O referido preceptivo menciona, ainda: d) as licitações internacionais. Contudo, as exceções que enumera a esta hipótese tornam insubsistente e contraditória a referência a elas. Basta dizer que se não houver fornecedor do bem ou serviço no país a regra será o convite, e havendo cadastro internacional de fornecedores é facultada a adoção da tomada de preços, nos limites de valor que lhe correspondem. A estes casos deve-se acrescentar: e) nos contratos de empreitada integral. Ainda que a lei não mencione tal caso, parece-nos que é o que dela se deve depreender, pelas razões adiante expostas (final da letra "c" do n. 58); f) nas concessões de obra ou serviço público (art. 2º, II, da Lei 8.987, de 13.2.1995, reguladora das concessões e permissões de serviços públicos); g) também será obrigatória para efetuar-se o registro de preços, a teor do art. 15, § 3º, da Lei 8.666/1993, salvo se se tratar da obtenção de bens e serviços comuns (art. 11 da Lei 10.520, de 17.7.2002).

Por último, relembre-se que a concorrência será obrigatória, conforme *retro* esclarecido, nos casos de parcelamento a que alude o art. 23, § 5º, da referida Lei 8.666, sempre que o valor das licitações das parcelas, tomado em seu conjunto, atinja o montante previsto para tal modalidade.

49. Na concorrência deverá transcorrer um prazo normalmente de *30 dias, no mínimo*, entre sua publicidade e a data fixada para *recebimento das propostas* (art. 21, § 2º, II, "a"). Será, entretanto, de pelo menos *45 dias* caso o certame se preordene a contrato de empreitada integral ou se for julgado na conformidade dos "tipos", isto é, dos critérios, de "melhor técnica" ou de "técnica e preço" (art. 21, § 2º, I, "b").

Estes prazos se iniciam a partir do último dia da publicação do aviso contendo o edital resumido ou da efetiva disponibilidade de sua íntegra com os respectivos anexos, prevalecendo o que ocorrer por último (art. 21, § 3º).

50. A *tomada de preços* (art. 22, § 2º), destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às *pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo*, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados.

Estes cadastros, regulados nos arts. 34 a 37 da lei e dos quais se falará mais além (ns. 65-67), são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram, mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente realizam licitações. Deles podem servir-se outras unidades que o desejem.

51. Na tomada de preços deverá correr um prazo normalmente de *15 dias, no mínimo*, entre sua publicação e a data fixada para *recebimento das propostas* (art. 21, § 2º, III). Será, entretanto, de pelo menos *30 dias* se o certame for julgado na conformidade dos "tipos", isto é, dos critérios, de "melhor técnica" ou de "técnica e preço" (art. 21, § 2º, I, "b"). O início, o vencimento e a contagem dos prazos se efetuam tal como já se indicou para o caso das concorrências.

52. A possibilidade de participarem de tomada de preços os interessados que demandem cadastramento até três dias antes do recebimento das propostas pode interferir com a data originalmente prevista para isto ou, quando menos, com a data em que normalmente seriam abertos os envelopes que as contenham. Deveras, se em tal caso for denegado o cadastramento – posto que seu efeito equivalerá a uma inabilitação para aquele certame –, o interessado terá direito de recorrer administrativamente, no prazo de cinco dias úteis e com efeito suspensivo, que é o que corresponde aos recursos contra inabilitação, a teor do art. 109, § 2º.

A não ser assim, a Administração, sempre que o desejasse, poderia, por razões inconsistentes ou mesmo por perseguição e quiçá por favoritismo a outros candidatos, denegar a inscrição no registro e, destarte, frustrar, a seu talante, a participação no certame em causa de quaisquer sujeitos até então não cadastrados.

53. Observe-se que a Lei 8.666 capitula como crime, apenável com detenção de seis meses a dois anos e multa, "obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento do registro do inscrito" (art. 98).

54. O *convite* (art. 22, § 3º) é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os *valores mais baixos*, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos *três* pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, *cadastradas ou não*, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos *cadastrados* do ramo pertinente ao objeto que

hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

No convite é de *cinco dias* ***úteis***, *no mínimo*, o prazo deflagrado pelo envio da carta-convite ou da efetiva disponibilidade dela com seus anexos até a data fixada para *recebimento das propostas* (art. 21, § 2º, IV).

Entendemos que mesmo os não cadastrados, simetricamente ao disposto em relação à tomada de preços, terão direito a disputar o convite se, tomando conhecimento dele, requererem o cadastramento no prazo estabelecido em relação àquela modalidade licitatória (três dias antes do recebimento das propostas).

Mesmo que não se atinja o número mínimo de três licitantes, por limitações do mercado ou desinteresse dos convidados, o certame pode ser realizado, desde que tais circunstâncias sejam justificadas no processo; caso contrário haveria invalidade e o convite teria de ser repetido (art. 22, § 7º).

Se existirem na praça mais de três interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado deverá ser convidado pelo menos mais um, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (art. 22, § 6º).

55. *Concurso* (art. 22, § 4º) é uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial.

É de *45 dias*, *no mínimo*, o prazo, contado a partir da publicação do aviso do edital de concurso até a data da *realização deste evento* (art. 21, § 2º, I).

O concurso terá regulamento próprio, acessível aos interessados no local indicado no edital.[32] Seu julgamento é efetuado por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, sejam ou não servidores públicos (art. 51, § 5º).

56. O *leilão* (art. 22, § 5º) é a modalidade licitatória utilizável para venda de bens *móveis* inservíveis para a Administração ou le-

32. Do regulamento constarão, obrigatoriamente, conforme estabelecido no art. 52, os requisitos de qualificação exigidos dos participantes, as diretrizes e forma de apresentação do trabalho, as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos. O § 2º dispõe que, se o objeto do concurso for a elaboração de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando reputar conveniente.

galmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial ou, ainda, para venda de imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação. Sua utilização é restrita aos casos em que o *valor isolado ou global de avaliação deles não exceder o limite fixado para compras por tomada de preços* (art. 17, § 6º).

O prazo mínimo desde a publicação do edital do leilão até a data de sua ocorrência é de *15 dias* (art. 21, § 2º, III).

Prazos e formas de publicidade nas modalidades de licitação

57. De acordo com o art. 21 da Lei 8.666, são as seguintes as normas que regem a publicidade dos *avisos contendo os resumos* dos editais de *concorrências*, *tomadas de preços*, *concursos* e *leilões*.

Nas promovidas por órgãos ou entidades *federais* tais avisos deverão ser publicados com antecedência, pelo menos uma vez, no *Diário Oficial da União*.

Quando promovidas por órgãos ou entidades *estaduais* ou *municipais* serão publicados (a) no *Diário Oficial* do correspondente Estado, quanto (b) em jornal de grande circulação no Estado, bem como, (c) se houver, em jornal de circulação na região ou no Município onde se efetivará o objeto da licitação e (d) no *Diário Oficial da União*, se a obra for financiada, total ou parcialmente, com *recursos federais* ou *garantidos por instituição desta natureza*.

Cumpre notar que, embora a Lei 8.666 não se refira à publicação dos atos em questão no *Diário Oficial do Município*, *quando o certame for promovido por órgão ou entidade municipal* é óbvio que a validade dos avisos de edital dependerá desta providência. É o que a lei municipal de São Paulo estabelece. Vale notar, todavia, que, ao contrário da Lei 8.666, que reclama publicidade no *Diário Oficial do Estado*, a lei paulistana a omite. Ditos avisos conterão, obrigatoriamente, a indicação do local em que os interessados poderão obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação (§ 1º do art. 21).

Comparação entre concorrência, tomada de preços e convite

58. Concorrência, tomada de preços e convite distinguem-se em que:

a) A concorrência precede as relações jurídicas de *maior vulto econômico* (conquanto também deva ser utilizada, independentemente do valor presumido destas, no caso de algumas relações expressamente referidas na lei e às quais já se fez menção – n. 48); a tomada de preços precede relações jurídicas de *vulto médio*; o convite antecede as relações de *menor valor*.

b) Da concorrência podem participar quaisquer interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital. Da tomada de preços só podem participar os cadastrados, isto é, os inscritos em *registro cadastral* (v. n. seguinte), sendo certo, entretanto, que dito cadastramento será efetuado em tempo de ensejar a inclusão do interessado que o solicite até três dias antes da data de recebimento das propostas e haja preenchido os requisitos para tanto. Do convite só participam os *convocados* pela Administração e, se manifestarem interesse até 24 horas antes do recebimento das propostas, os cadastrados na correspondente especialidade.

c) Na concorrência o prazo mínimo entre a publicação do último aviso de convocação ou da efetiva disponibilidade do edital e seus anexos para os interessados – prevalecendo o que ocorrer por último – e a data fixada para *recebimento das propostas* é, normalmente, de 30 dias corridos. Sê-lo-á, todavia, de 45, pelo menos, se se tratar de concorrência a ser decidida pelo critério de "melhor técnica" ou de "técnica e preço" ou se estiver preordenada a contrato de "empreitada integral". Já, na tomada de preços o prazo mínimo é, ordinariamente, de 15 dias corridos, o qual se elevará para, ao menos, 30 se o critério de julgamento for de "melhor técnica" ou de "técnica e preço".

Observe-se que a lei – diversamente do que sucedeu no incremento de prazos para a concorrência – referiu apenas estas duas hipóteses. Não mencionou a de contrato de empreitada. Como não há razão alguma que justifique esta disparidade de tratamento, tem-se de presumir que contratos de empreitada haverão de ser obrigatoriamente precedidos de concorrência, pois só assim se explicaria a omissão referida.

No convite o prazo é, no mínimo, de cinco dias, e *úteis*, ao invés de dias corridos, ao contrário das modalidades anteriores.

d) Na concorrência e na tomada de preços a divulgação do certame reclama *publicação do edital na imprensa*, ao passo que no convite basta sua afixação em *local próprio* da repartição.

Antes de prosseguir no exame da licitação, tal como regulada nas normas gerais instituídas pela Lei 8.666, convém fazer uma menção às figuras inconstitucionais que surgem, de início, por assim dizer, clandestinamente, primeiro na lei da ANATEL e depois, ostensivamente, na MP 2.026-8, ao depois 2.182-18, de 23.8.2001, afinal convertida na Lei 10.520/2002. São elas o *pregão* e a *consulta*.

Pregão[33] *e consulta*

59. O "pregão" que nascera inconstitucional, mas que em decorrência da Lei 10.520, de 17.7.2002 fora convalidado, pois nada se opõe a que também ela seja considerada "norma geral" – tudo conforme exposto no Capítulo IV, n. 30 – pode ser entendido como a modalidade de licitação para aquisição de *bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação*, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Atualmente, o pregão é a modalidade de licitação mais utilizada pela Administração Pública, já que, via de regra, as aquisições são destinadas à contratação de bens e serviços usualmente fornecidos pelo mercado. Excetuam-se ao âmbito do pregão especialmente as obras de engenharia.

Estes bens e serviços comuns, objeto do pregão, assim são caracterizados pelo parágrafo único do art. 1º da citada lei: "Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". Esta noção, como precedentemente averbamos, citando Alice Gonzalez Borges, "simplesmente não diz nada"[34] – entendimento, este, do qual não discrepa o precitado Marçal Justen Filho, tanto que se sentiu na necessidade de esclarecer, já a título preliminar, que o traço caracterizador de um objeto como comum "é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela au-

33. A respeito do *pregão* devem ser consultadas três importantes obras: *Pregão Presencial e Eletrônico*, Editora Zenith, 2004, de Joel de Menezes Niebuhr; *Licitação na Modalidade de Pregão*, 2ª ed., Malheiros Editores, 2010, de Vera Monteiro; e *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*, Dialética, 2001, de Marçal Justen Filho.

34. "O pregão criado pela Medida Provisória n. 2.026/2000: breves reflexões e aspectos polêmicos", in *Informativo Licitação e Contratos* 77/547.

sência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado".[35]

Procedimento do pregão

60. De acordo com o art. 4º, I, da Lei 10.520, o pregão inicia-se para o público com a convocação dos interessados, mediante aviso publicado no correspondente *Diário Oficial* ou, se este não houver, em jornal de circulação local e, facultativamente, por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, também em jornal de grande circulação. Este mesmo artigo se remete a regulamento, previsto no art. 2º, editado pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, cada qual para sua esfera. Ocorre que o *caput* deste artigo 2º foi vetado pelo Presidente da República.

Ademais, nem seria preciso dizer, pela grosseira evidência de inconstitucionalidade, que não seria de alçada regulamentar, mas de lei, a fixação do limite de valor a partir do qual será necessária a publicação em jornal de grande circulação. Assim, para que o pregão não se ressinta de inconstitucionalidade atacável por ação popular ou por qualquer interessado, a solução será efetuar sua divulgação por jornal de grande circulação nos casos em que esta seria obrigatória em função dos limites de valor estabelecidos pela Lei 8.666.

61. A lei também prevê, em seu art. 2º, § 1º, que o pregão poderá ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação nos termos de regulamentação específica, e em seus §§ 2º e 3º, que será facultada, a participação de bolsas de mercadorias organizadas na forma de sociedades civis sem fins lucrativos, com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônico unificados de pregão, no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia de informação. O eminente Prof. José dos Santos Carvalho Filho, após anotar que a evidente simplificação do procedimento do pregão não pode significar exclusão do controle da atuação administrativa, adverte, com indiscutível razão, que seus atos essenciais, mesmo quando oriundos de meios eletrônicos, terão que ser formalizados no processo respectivo, para que seja atendi-

35. "Pregão: nova modalidade licitatória", in *RDA* 221/12, julho-setembro/2000.

do o princípio da publicidade e a função de auditoria e controle por parte dos órgãos competentes.[36]

62. Do aviso iniciador do pregão terão de constar a definição do objeto da licitação, local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital.

Do edital constarão:

1) justificativa da necessidade da contratação;

2) definição precisa, suficiente e clara do objeto do certame, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

3) as exigências de habilitação;

4) os critérios de aceitação das propostas;

5) as sanções por inadimplemento;

6) as cláusulas do contrato;

7) a fixação dos prazos de fornecimento;

8) as normas disciplinadoras do procedimento;

9) a minuta do contrato, quando for o caso.

Cópias do edital e do respectivo aviso ficarão à disposição de qualquer interessado.

63. (a) O prazo para a apresentação das propostas conta-se a partir da publicação do edital e não será inferior a oito dias úteis.

(b) No dia, hora e local designados será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo os interessados ou seus representantes se identificar e, se for o caso, comprovar a existência dos poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame.

(c) Aberta a sessão, serão entregues as propostas, *por escrito*, em envelope do qual constarão a indicação do objeto e do preço oferecidos, feito o quê abrir-se-ão imediatamente ditos envelopes e será verificada sua conformidade com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

(d) Tanto o autor da proposta mais baixa quanto os que hajam feito ofertas até 10% superiores a ela poderão fazer sucessivos *lances verbais*, até a proclamação do vencedor; e, se não tiver havido pelo menos três proponentes cujas ofertas preencham este requisito

36. *Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed., Lumen Juris, 2004, pp. 262-263.

(10% de diferença em relação à mais baixa), os demais disputantes autores das melhores propostas, até o máximo de três, adquirem o direito de ofertar tais lances verbais.

No pregão realizado por meio eletrônico, regulamentado pelo Decreto 5.450, de 31.5.2005, inexiste a regra dos 10% ou das três melhores ofertas. Todos os licitantes participam dos lances até que o pregoeiro determine o encerramento do pregão por meio do acionamento do prazo "randômico", que consiste no aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até 30 minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

(e) Para julgamento e classificação das propostas o critério é o do melhor preço, *observados os prazos máximos de fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital.*

(f) Examinada a proposta quanto ao objeto e valor, o pregoeiro decidirá, motivadamente, quanto à sua aceitabilidade, sendo-lhe facultado negociar com o proponente o rebaixamento de seu valor.

(g) Isto posto – *e só então* –, será aberto o envelope contendo os documentos de habilitação daquele que resultou como o melhor ofertante, para verificação do atendimento das condições previstas no edital quanto à habilitação. Estas consistem em: (1) regularidade da situação perante a Fazenda Nacional e as estaduais e municipais, conforme o caso, Seguridade Social e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e (2) demais requisitos do edital quanto a habilitação jurídica e qualificação técnico-financeira – os quais, ao respeito, não poderão exceder as exigências da Lei 8.666, de 21.6.1993, já que esta se aplica subsidiariamente às normas do pregão (art. 9º). São dispensáveis os documentos de habilitação que já constem do Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF, na esfera federal, e correspondentes, nas outras órbitas de governo facultado aos demais licitantes o acesso aos dados que dele constem.

A lei não indica o momento da entrega do envelope de habilitação ("invólucro contendo os documentos de habilitação", segundo suas palavras – art. 4º, XII), mas deve-se depreender que é posterior à apresentação e exame das propostas, *quando necessário comprovar que o proponente atendia a tais requisitos*. Esta conclusão é induzida pelo teor dos incisos XII e XVI e pelo art. 7º.

(h) Verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor.

(i) Se, todavia, a proposta não houver sido aceitável (subentende-se, por desatendimento dos requisitos a que deveria obedecer nos termos do edital – caso, pois, de *desclassificação da proposta*) ou se o licitante vencedor não houver atendido às exigências editalícias de habilitação (*caso de inabilitação*), o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes na ordem de classificação, até a apuração de uma que atenda ao edital, negociará a baixa do valor ofertado e proclamará o respectivo licitante vencedor.

(j) Proclamado o vencedor, cuja proposta terá validade de 60 dias, se outro não houver sido fixado no edital, qualquer licitante pode manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer. Se não o fizer, decairá do direito de recurso e a *adjudicação* do objeto ao vencedor será imediata. O recurso se interpõe no prazo de três dias com as razões que o instruem, ficando desde logo intimados os demais licitantes para apresentarem suas contrarrazões, também em três dias, contados a partir do término do prazo do recorrente, com vista imediata dos autos.

(k) Decididos os recursos, a autoridade competente adjudicará o objeto ao vencedor e a adjudicação será homologada pela autoridade competente, convocando-se o adjudicatário para a assinatura do contrato no prazo estabelecido pelo edital, dentro do prazo de validade de sua proposta. Se este não comparecer para celebrá-lo, o pregoeiro procederá, tal como já descrito (letra "i"), ao exame das ofertas subsequentes na ordem de classificação dos que preencheram os requisitos do edital, negociando-lhes a baixa de valor, até proclamar um vencedor.

De acordo com o art. 7º da lei: "Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no SICAF ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais".

64. Verifica-se, pelo exposto, que o "pregão" é uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir "bens e serviços comuns". Apresenta como característica distintiva em relação às modalidades

da concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei 8.666, pelo menos duas muito salientes. Uma, a de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; outra, a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele.

Visto o tema do "pregão" e feita esta sumária referência à "consulta", tornemos ao exame da licitação na Lei 8.666, de 21.6.1993.

64-A. A consulta, como já foi dito (n. 43 e Capítulo IV, n. 30), é uma figura inválida, porque não *foi delineada por lei alguma.* Deveras, a lei que lhe previu a criação – e o fez tão somente para a ANATEL (Lei 9.472, de 16.7.1997), embora mais tarde a consulta houvesse sido estendida para todas as agências reguladoras da órbita federal (art. 37 da Lei 9.986, de 18.7.2000) – sequer disse em que consistia tal figura. Seu desenho normativo está formulado no art. 15 do "Regulamento de Contratações" da ANATEL, aprovado pela Resolução 5, de 15.1.1998 – portanto, ato subalterno, obviamente sem força para inaugurar no universo jurídico uma nova modalidade licitatória, maiormente se se considera que a Lei 8.666, em seu art. 22, enuncia as modalidades de licitação e as define em seus parágrafos.

De acordo com o tal "Regulamento": "Consulta é a modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns". Depreende-se da conceituação de "bens e serviços não comuns", formulada no parágrafo único, que são aqueles insuscetíveis de comparação útil ou cujas características individualizadoras apresentam-se como necessárias.

Examinando-se o regime da consulta, percebe-se que se diferencia do convite, fundamentalmente, porque não está restrito aos casos de pequeno valor; os convidados não serão pelo menos três, mas cinco fornecedores, e os que decidem o certame não são designados como Comissão, mas "Júri"(!), talvez para assumir um ar norte-americano, supostamente engrandecendo, assim, a ANATEL e deixando desvanecidos os que elaboraram e aprovaram o Regulamento, por força desta proximidade cultural (ao menos terminológica) com os naturais dos Estados Unidos da América do Norte.

Registros cadastrais

65. Registros cadastrais, como dantes se disse, são registros, mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente realizam licitações, dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que requererem as respectivas inscrições, para fins de estabelecerem formalmente suas *habilitações*, tendo em vista futuros certames licitatórios.

Nestes registros, os interessados, mediante apresentação de elementos comprobatórios relativos à sua identificação jurídica, aptidão técnica, capacidade econômico-financeira e idoneidade fiscal, são inscritos e classificados por categorias, subdivididas em grupos, segundo as respectivas aptidões técnicas e econômicas, avaliadas com base nos documentos referidos nos arts. 30 e 31 da lei (art. 36).

Em vista disto, recebem certificado de habilitação (art. 36, § 1º) pelo período de até *um ano* (art. 34), renovável sempre que atualizem o registro, o que podem fazer a qualquer tempo (art. 35), assim como a qualquer tempo podem acorrer e inscrever-se novos interessados no cadastramento.

Além disto, a unidade responsável deverá, no mínimo uma vez por ano, através da imprensa oficial e de jornal diário, proceder a chamamento público para atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados (art. 34, § 1º).

É evidente que os critérios em função dos quais os interessados serão alocados em uma ou outra dentre as faixas previstas hão de ser públicos e divulgados com amplitude.

O julgamento dos pedidos de inscrição, as alterações, suspensões e cancelamentos em *registro cadastral* são efetuados por comissão composta de pelo menos três membros. Dois deles deverão ser servidores qualificados dos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsável pelo certame (art. 51).

66. A atuação do licitante no cumprimento das obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral, o qual pode ser alterado, suspenso ou cancelado pela Administração, na medida em que o cadastrado decaia da conformidade com as exigências correspondentes à inscrição (art. 37). Há de se entender que tais medidas serão precedidas de oportunidade de defesa aos atingidos, *ex vi* do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Contra estes atos gravosos, bem como contra o indeferimento de inscrição, cabe recurso administrativo no prazo de cinco dias

úteis, contados a partir da intimação do ato (art. 109, I, "d"). A lei não atribuiu efeito suspensivo a tal recurso. Entretanto, conforme observação anterior (n. 52), a suspensividade terá de existir quando se tratar de denegação de pedido de inscrição feito pelo interessado para fins de participar de uma determinada tomada de preços e apresentado até três dias antes do recebimento das propostas.

67. É crime, previsto no art. 98, e apenável com detenção de seis meses a dois anos e multa: "Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento do registro do inscrito".

O registro de preços

68. O "registro de preços" é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços "registrados". Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado.

69. A Lei 8.666 refere-se ao registro de preços apenas para compras e o trata muito sumariamente, apesar de recomendá-lo no art. 15, II.

De acordo com o § 3º do art. 15, o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, na conformidade das seguintes condições: (I) os preços registrados serão sempre selecionados através da modalidade *concorrência*, salvo se se tratar da obtenção de "bens e serviços comuns", hipótese na qual dito registro pode ser feito por meio de "pregão", conforme veio a prever o art. 11 da Lei 10.520, de 17.7.2002; (II) será estabelecida prévia estipulação do sistema de controle e de atualização dos preços registrados; (III) a validade dos registros não excederá de um ano. O decreto ora vigente para a Administração federal é o de n. 7.982, de 23.1.2013.

O registro de preços, como visto, não é modalidade de licitação, mas um sistema que permite a órgãos participantes e não partici-

pantes (os denominados "caronas") adquirirem produtos registrados por intermédio de licitação realizada por um órgão gerenciador.

A polêmica figura do "carona" corresponde, portanto, àquele que, apesar de não ter participado da licitação para registro dos produtos/serviços, acaba por adquiri-los em número superior ao que havia sido estimado na ata de registro de preços.

Este tema foi, finalmente, regulado pelo Decreto 7.892/2013, ao estabelecer que o edital deve, obrigatoriamente, prever os quantitativos para órgãos não participantes, se o órgão gerenciador admitir adesões (art. 9º, III).

Se for admitida a figura do "carona", o edital não poderá prever quantitativo superior a cinco vezes o quantitativo do gerenciador e participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem (art. 22, § 4º).

Assim, se o órgão gerenciador e participantes forem adquirir, no total da ata, 1.000 unidades, todos os eventuais "caronas" juntos poderão aderir ao quantitativo máximo de 5.000 unidades. Ou seja, o somatório das "caronas" limita-se a 5.000 unidades.

De qualquer forma, individualmente, estabeleceu-se o limite de adesão de até 100% do quantitativo registrado em ata. Assim, cada "carona" pode aderir em até 100% do somatório da ata. Por exemplo, se o somatório do quantitativo do gerenciador e participantes for 1.000 unidades, um "carona" poderá se utilizar de até 1.000 unidades.

Outro destaque muito relevante é que, finalizada a etapa de lances, os licitantes poderão reduzir seus preços ao do menor lance, para que também sejam registrados na ata (art. 10).

Saliente-se que qualquer cidadão poderá impugnar preço constante do registro se este for incompatível com o praticado no mercado (§ 6º).

70. A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, pois poderá servir-se de outros meios de aquisição, respeitada a legislação de licitações, ficando, entretanto, assegurada ao beneficiário do preço registrado preferência em igualdade de condições (§ 4º).

Comissões de licitação

71. As licitações são processadas e julgadas por comissão, permanente ou especial, composta de pelo menos três membros. Dois

deles deverão ser servidores qualificados dos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsável pelo certame (art. 51), salvo na modalidade concurso, para o qual haverá comissão especial integrada por renomados especialistas, servidores ou não (§ 5º).

Tratando-se de convite, entretanto, a comissão de licitação (não a de registro cadastral) pode ser substituída por um único servidor nas unidades administrativas pequenas e que contem com pessoal escasso (§ 1º do art. 51).

72. É a comissão de licitação que conduz o desenvolvimento do certame, sob a presidência de um de seus membros, o qual a representa perante os afluentes do certame e a quem estes se reportarão nos diversos atos praticados. Sem embargo, todos os membros da comissão respondem solidariamente pelos atos a ela imputáveis, ressalvado o caso de quem houver manifestado fundamentadamente sua posição divergente registrada em ata na qual foi tomada a decisão (§ 3º do art. 51).

No caso de comissão permanente, a investidura de seus membros não excederá de um ano. A recondução é possível, mas não da totalidade deles para a mesma comissão no período subsequente (§ 4º do art. 51).

Licitações de grande vulto
e licitações de alta complexidade técnica

73. A lei refere-se a licitações que qualifica como de "grande vulto". São aquelas (art. 6º, V) em que os valores estimados para as obras, compras ou serviços excedem de 25 vezes o limite a partir do qual é exigida concorrência para obras e serviços de engenharia (art. 23, I, "c").

74. Entende-se por "licitação de alta complexidade técnica", segundo conceituação legal (art. 30, § 9º), aquela cujo objeto envolva "alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado", ou para garantir que não haja risco de comprometimento da "continuidade da prestação de serviços públicos essenciais".

Em tal caso, ou seja, nas licitações de *grande vulto*, de alta complexidade técnica, a Administração poderá exigir dos licitantes a metodologia da execução, a qual será, para fins de aceitação ou recusa, avaliada antes da análise dos preços (art. 30, § 8º).

Além disto, a licitação de grande vulto é evento de relevo quando tem lugar conjugadamente com a ocorrência de hipótese na qual a Administração visa a obter o "fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito (...) nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório" (art. 46, § 3º). Nestes casos, a Administração pode, excepcionalmente, com autorização expressa da maior autoridade promotora do certame e mediante justificativa fundamentada, adotar como critério de julgamento do certame o de "técnica" ou de "técnica e preço", ao invés do critério de menor preço (que é a regra geral).

75. É relevante a noção de licitação que denominaríamos de "imenso vulto". A lei não lhe fez menção autônoma com pretensões conceituadoras, mas previu – que é o importante – tratamento normativo singular perante a hipótese de sua ocorrência.

Com efeito, o art. 39 estabelece que, se o valor estimado do objeto de uma licitação ou de um conjunto de licitações "sucessivas ou simultâneas" exceder de *100 vezes* (e não 25 vezes, como nas de grande vulto) o limite previsto para a obrigatoriedade de concorrência para obras e serviços de engenharia (que está estabelecido no art. 23, I, "c"), o procedimento licitatório será iniciado, obrigatoriamente, por uma *audiência pública* concedida pela autoridade responsável, com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada pelos mesmos meios previstos para a licitação. A ela terão acesso e direito a se manifestar e obter as pertinentes informações quaisquer interessados.

Conforme resulta do art. 39, parágrafo único (de confusa redação, aliás), licitações *simultâneas* são as que, tendo objeto *semelhante*, suas realizações se contenham em intervalos não superiores a 30 dias. *Sucessivas* são aquelas, de objeto semelhante, cujo edital se publique antes de decorrerem 120 dias do término das obrigações previstas na licitação anterior.

Alienação de bens

76. As alienações de bens, encontram-se reguladas nos arts. 17 a 19 da Lei 8.666 e serão sempre precedidas de justificativa das razões

que as presidem e de avaliação do bem a ser alienado, efetuando-se após regular licitação, ressalvados os casos de dispensa ou inexigibilidade (v. n. 28-A e B, *in fine*).

Se se tratar de bem imóvel a modalidade licitatória é a *concorrência pública*, admitindo-se, todavia, o uso do leilão quando sua aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (art. 19, c/c art. 22, § 5º). A venda de bens imóveis no caso da Administração direta, das autarquias e das fundações depende de autorização legislativa.

A alienação de ações para fins de desestatização e alienação de empresas estatais é especificamente regida pela Lei 9.491, de 9.9.1997, que admite o leilão para tais alienações.

A Lei 11.481, de 31.5.2007, em seu art. 14, tem disposições específicas regentes de leilão para alienação de bens imóveis do Fundo do Regime Geral de Previdência Social.

Licitações internas e licitações internacionais

77. A Administração Pública é livre para decidir, segundo as conveniências públicas, se realiza uma licitação *interna* ou *internacional*. Com efeito, a lei reguladora das licitações tanto trata ordinariamente de uma, quanto especificamente de outra, pois às licitações internacionais se reportam os arts. 32, § 4º, e 42 e parágrafos.

Licitação internacional é aquela aberta à participação de empresas estrangeiras que não estejam em "funcionamento no país".

Nas licitações *internas* tanto poderão participar empresas nacionais quanto, isoladamente ou em consórcio com empresas brasileiras, *empresas estrangeiras "em funcionamento no país"*, a teor do art. 28, V.

"Empresas estrangeiras em funcionamento no país" são as que estejam autorizadas a funcionar no país por autorização do Governo Federal expedida por decreto (arts. 1.134 e 1.135, parágrafo único, do Código Civil), devendo ter, permanentemente, representante no Brasil com plenos poderes para tratar de quaisquer questões, para resolvê-las definitivamente e para receber citação judicial pela sociedade (art. 1.138 do Código Civil).

Empresas estrangeiras que não se qualifiquem como "em funcionamento no país" *não podem participar de licitações internas*, seja isoladamente, seja em consórcio, visto que os membros de um

consórcio necessitam, a teor do art. 33, III, apresentar todos os documentos exigidos nos arts. 28 a 31. Ora, o art. 28 exige, entre os documentos demandados, o "decreto de autorização para funcionamento no país" (inciso V). Assim, empresas estrangeiras que não sejam tipificáveis como "em funcionamento no país", só podem participar de "licitações internacionais". E mesmo estas, como bem observou Marçal Justen Filho, em comentários ao art. 32, § 4º, da Lei 8.666, não terão alternativa senão a de se constituírem como empresas estrangeiras em funcionamento no país *caso a licitação tenha por objeto a realização de atividades que concretamente o demandem*.[37] É o que ocorrerá quando esteja em pauta o exercício de prestações continuadas e em caráter de permanência respeitantes a atividades que lhes requeiram o desempenho material de cometimentos que fisicamente irão se desenvolver no país ou que as obrigam a firmar contratos dos quais decorram comprometimentos da ordem indicada.

VIII. Etapas interna e externa da licitação

78. As licitações possuem uma etapa *interna* e uma *externa*.

A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluir ao certame.

79. Na etapa interna da licitação avultam dois temas: o dos requisitos para instaurá-la e o das vedações.

Requisitos para instauração de licitação

80. Para ser instaurado o procedimento licitatório destinado à contratação de *obras* ou *serviços* é necessário que exista ao menos, sob pena de nulidade dos atos praticados e responsabilidade de quem lhes deu causa (art. 7º, §§ 2º e 6º):

37. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 1998, pp. 331-332.

(I) um *projeto básico*, isto é, o conjunto de elementos definidores do objeto suficientes para a estimativa de seu custo final e prazo de execução;[38]

(II) *orçamento* que lhe detalhe a composição de custos unitários;

(III) *recursos orçamentários previstos*, que assegurem o pagamento das obrigações a serem saldadas no exercício; e

(IV) quando for o caso, estar contemplado o produto da obra nas metas do Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição.

81. Já, nas licitações para *compras* é de rigor, sob iguais cominações:

(I) a adequada caracterização do objeto; e

(II) indicação de recursos orçamentários para acobertá-la (art. 14).

Vedações nas licitações

82. Nas licitações há vedações concernentes ao seu objeto (ou caracterização dele) e vedações quanto aos eventuais participantes.

Quanto ao objeto, é vedado:

(I) incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, salvo no caso de empreendimentos a serem executados e explorados no regime de concessão, que obedecerá à legislação específica (art. 7º, § 3º);

(II) incluir no objeto o fornecimento de materiais sem previsão de quantitativos ou que não correspondam às previsões do projeto básico ou executivo (art. 7º, § 4º);

(III) incluir no objeto bens e serviços sem similaridade, ou indicar marcas ou características e especificações exclusivas, salvo quando tecnicamente justificável fazê-lo (art. 7º, § 5º).

A violação destas proibições implica a nulidade do certame e acarreta, demais disto, a responsabilização de quem lhe tenha dado causa (art. 7º, § 6º).

83. Quanto aos eventuais afluentes, é vedado que dela participem, direta ou indiretamente[39] (art. 9º, I-III, e § 4º):

38. O art. 6º, IX, define o que é projeto básico e indica os elementos que dele obrigatoriamente deverão constar.

39. Considera-se participação indireta a existência de vínculo de natureza técnica, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto e o licitante (art. 9º, § 3º).

a) o membro da comissão de licitação, assim como o servidor do órgão ou entidade responsável pela licitação ou contratante de seu objeto;

b) os que estiverem impedidos – em decorrência das sanções administrativas consistentes na "suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar" (durante o prazo de vigência dela) e na "declaração de inidoneidade para licitar e contratar" (enquanto perdurar).

Tais sanções estão previstas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666. Como a lei não efetuou prévia descrição das hipóteses em que cabem a suspensão do direito de licitar e o impedimento de contratar, nem aquelas em que caberia a declaração de inidoneidade, entendemos que tais sanções só poderão ser aplicadas no caso de comportamentos tipificados como crimes.[40]

E, no caso de licitação de *obra*, *serviço* ou *fornecimento de bens*, também:

c) a pessoa, física ou jurídica, que haja sido autora do projeto básico ou executivo;

d) a empresa, ainda que em consórcio, da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, responsável técnico, subcontratado ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto ou controlador.

Se qualquer destes, em despeito do impedimento, vier a disputar o certame, sua participação será nula.

Não há impedimento, todavia, de que a licitação inclua em seu objeto a elaboração do projeto executivo como encargo do licitante ou do contratado – ou que a preveja por preço previamente fixado pela Administração. Também não há impedimento em que esta contrate o autor do projeto como seu consultor ou técnico, para fiscalização, supervisão ou gerenciamento (§§ 1º e 2º do art. 9º, respectivamente).

A etapa externa da licitação será examinada, em suas distintas fases, a seguir.

IX. Fases da licitação

84. Sendo a licitação um procedimento, desdobra-se em fases.

40. Marçal Justen Filho (ob. cit., p. 445) e Lúcia Valle Figueiredo (*Direitos dos Licitantes*, cit., p. 90), acompanhando-lhe a orientação, negam a possibilidade de se aplicarem ditas sanções sem rigorosa tipificação legal, mas deixam de ressalvar, ao menos explicitamente, ao contrário do que o fizemos, a hipótese de seu cabimento nos casos que a lei definiu como crimes.

A realização e regular exaurimento de cada qual é pressuposto e requisito da fase subsequente. Daí que a conclusão da etapa antecedente condiciona a irrupção da subsequente.

85. Entendemos que a licitação, *após sua abertura pelo edital*, isto é, a partir de sua etapa externa, compreende dois momentos fundamentais (sem prejuízo de subdivisões outras), a saber: a) análise das condições dos interessados que afluem à licitação; e b) análise das propostas. Estes são seus dois estádios fundamentais.

Exame dos afluentes à licitação

86. O primeiro dá lugar a um exame dos *sujeitos* (fase *subjetiva*). O segundo concerne ao exame dos objetos, as propostas (fase *objetiva*). Estes dois momentos, que cindem nitidamente a licitação e se apartam com clareza,[41] devem ser ressaltados, por ser de extrema importância que não se interpenetrem. Nada, absolutamente nada, relativo à segunda etapa pode ser tratado enquanto não se exaurir a primeira. Assim também, *nada do que haja sido objeto de exame neste primeiro momento pode vir a ser tomado em conta para fins de valoração das propostas*, pois estas concernem ao que se oferta, e não a quem oferta.

O que se põe em pauta, neste período inicial, é unicamente a *habilitação* ou *qualificação* dos proponentes. A atenção da Administração vai cifrar-se tão só a verificar se os que acorreram ao certame preenchem ou não os requisitos necessários para disputá-lo, segundo os termos prefixados no edital. Tais requisitos se relacionam exclusivamente com as capacitações *jurídica*, *técnica* e *econômico-financeira* dos interessados, além da *regularidade fiscal* (art. 27).

Na tomada de preços a habilitação decorre do registro cadastral, e no convite a dos convidados é presumida.

Resolvida definitivamente esta questão em sede administrativa, isto é, estabelecidos quais os aptos e quais os inaptos, após a apreciação e solução dos recursos acaso interpostos, pois têm efeito suspensivo (art. 109, § 2º), fica definida a *habilitação* dos interessados. Pode-se passar – e só então – ao exame das propostas.

41. Antônio Marcello da Silva também divide a licitação em dois estádios: habilitação e julgamento (*Contratações Administrativas*, São Paulo, Ed. RT, 1971, p. 99). No mesmo modo Bartolomé Fiorini, que assinala a existência de duas etapas: a primeira centrada nas condições pessoais do proponente e a segunda volvida para as qualidades objetivas da oferta (*Licitación Pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pp. 16 e 17).

Exame das propostas

87. No segundo momento, abertas as propostas, verifica-se, de início, se estão ou não conformes às exigências do edital. Se estiverem, são admitidas para classificação; se não estiverem, devem ser *desclassificadas*, é dizer, rejeitadas, *in limine*. Este não é exame de qualidade das propostas, mas apenas de seu ajustamento às *condições* do edital. Portanto, precede a avaliação ou julgamento das propostas, posto que cingir-se-á a aferir suas consonâncias com os termos preestabelecidos.

Isto posto, as propostas são avaliadas. Vale dizer, são julgadas comparativamente quanto à qualidade delas. É a *classificação*, ou seja, ordenação em vista das vantagens que oferecem.

Confirmação do resultado e outorga do objeto

88. Superada a segunda fase da licitação, isto é, definitivamente soluta na esfera administrativa a classificação, com o julgamento dos recursos acaso interpostos, os quais também têm efeito suspensivo (art. 109, § 2º, precitado), passa-se à *homologação*, ato pelo qual a autoridade competente (externa à comissão) confirma (ou não) a correção jurídica das fases anteriores.

Homologada a licitação, segue-se a ela a *adjudicação*, ato pelo qual o primeiro classificado é definido como futuro contratante e convocado para travar o vínculo.

Pode ocorrer hipótese em que haja *mais de um adjudicatário*. Isto ocorrerá, desde logo, nos casos em que seja justificável a divisão da *execução de uma obra*, de vulto notável, em diversos "lotes" licitados em uma só concorrência. Isto ocorrerá tanto em face do propósito de ensejar a ampliação do mercado competidor quanto ante a eventual dificuldade de um único licitante poder arrostar com toda a extensão da obra pretendida sem perda da eficiência e rapidez porventura necessárias. Em licitações do gênero, mesmo que seja livre a qualquer proponente fazer ofertas para todos os lotes, quem vence um deles fica *ipso facto* excluído da disputa de outros. É que os "envelopes-proposta" relativos a cada lote são abertos em sequência. Assim, conhecido o vencedor do primeiro lote, os "envelopes-proposta" que haja apresentado para outros lotes são retirados das subsequentes disputas. E assim, sucessivamente. O sistema em questão, ainda que atenda a objetivos prezáveis,

há de ser usado com cautela e só perante razões que, *in casu*, claramente o aconselhem, dados os riscos de conluio que propicia, pois os presumíveis concorrentes principais podem combinar, entre si, uma prévia divisão do todo, buscando manter preços elevados para cada lote.

Afora esta, ainda existe outra hipótese, expressamente cogitada na Lei de Licitações. Está prevista no § 7º do art. 23, segundo o qual, "na *compra* de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala". Em tal caso, consoante dispõe o § 6º do art. 45, "serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade necessária demandada na licitação".

89. É evidente que, de fora parte o uso de recursos administrativos (v. ns. 144-146), os interessados podem insurgir-se judicialmente contra quaisquer atos do procedimento licitatório e obter a suspensão jurisdicional do seguimento do certame em qualquer fase.

Esquema analítico das fases

90. Ante o exposto, e considerando-se a licitação desde o ato de abertura até o encerramento, *pode-se decompô-la nas seguintes fases*, explicadas sinteticamente:

a) *edital* – ato pelo qual são convocados os interessados e estabelecidas as condições que irão reger o certame;

b) *habilitação* – ato pelo qual são admitidos os proponentes aptos;

c) *julgamento* com a classificação – ato pelo qual são ordenadas as propostas admitidas;

d) *homologação* – ato pelo qual se examina a regularidade do desenvolvimento do procedimento anterior;

e) *adjudicação* – ato pelo qual é selecionado o proponente que haja apresentado proposta havida como satisfatória.

Sequência procedimental da concorrência

91. A modalidade em que todas as fases externas da licitação se encontram claramente delineadas é a *concorrência*. Obedece ao se-

guinte procedimento sequencial, previsto no art. 43, aqui resumidamente exposto e que *se aplica, no que couber*, às demais modalidades previstas na Lei 8.666/1993, já que o pregão possui rito próprio previsto na Lei 10.520/2002.

92. Após a convocação, os que afluem para participar da disputa necessitam, preliminarmente, demonstrar que reúnem os requisitos de capacitação subjetiva necessários ao cumprimento dos encargos correspondentes ao futuro contrato. Só depois disso é que serão examinadas as propostas dos que preencheram as condições estatuídas.

Por isso, os afluentes à licitação devem apresentar, cada qual, envelopes distintos. Num deles conter-se-ão os documentos comprobatórios do atendimento aos requisitos necessários a que participem do certame. São documentos relativos à *habilitação* (qualificação subjetiva) que haja sido antecipadamente exigida. Apresentar-se-ão lacrados e rubricados. Os demais presentes e a comissão de licitação também os rubricarão.

No outro envelope, ou nos dois outros, quando previstas proposta técnica e proposta comercial, pois haverão de ser necessariamente distintos, estará(ão) contida(s) a(s) proposta(s) em todos os seus termos e que deve(m) estar assinada(s) pelo ofertante e rubricada(s) nas diferentes folhas. Os envelopes de cada concorrente são apresentados lacrados e rubricados. Do mesmo modo, os demais presentes e a comissão também os rubricarão. Ambos os envelopes permanecerão invioláveis até a sessão de abertura. A violação do sigilo das propostas é crime previsto no art. 94 da Lei 8.666. Dantes já estava previsto no art. 363 do Código Penal.

93. Em *sessão pública* são abertos os envelopes-documentação e os licitantes presentes, bem como a comissão, rubricarão os documentos. Lavra-se ata circunstanciada, firmada pela comissão que preside à licitação e pelos licitantes presentes que o desejarem. Dela deverão constar as reclamações e impugnações apresentadas por quaisquer dos afluentes à licitação. Examinados os documentos e decididas as impugnações, abre-se prazo para recurso. Decididos os recursos ou vencido o prazo sem interposição deles, devolvem-se os envelopes-proposta *fechados* aos que não preencheram as condições subjetivas para disputar o certame.

Em *sessão pública* previamente designada abrem-se os envelopes -proposta. Os licitantes presentes e a comissão rubricarão todas as propostas. Lavra-se ata, igualmente firmada pela comissão e pelos

licitantes que o desejarem, nela registrando-se as reclamações e impugnações porventura feitas.

Decididas as impugnações, são marginalizadas as propostas que desatenderem ao edital, classificando-se as demais por ordem de vantagens.

Isto posto, a autoridade competente homologará o resultado do certame, se corretamente desenvolvido, e deliberará a adjudicação dele, isto é, a atribuição de seu objeto ao vencedor, para fins de lavratura do contrato.

Dispõe o art. 43, § 3º, que é facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, *vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar obrigatoriamente da proposta*. A previsão normativa citada autoriza a Administração a dissipar dúvidas que haja tido em relação a um dado documento. Marçal Justen Filho, possivelmente o mais qualificado comentador da Lei 8.666, averbou: "Existindo dúvidas acerca do conteúdo de declarações fornecidas por terceiros, a comissão pode solicitar-lhes esclarecimentos ou, mesmo, comprovação do que afirmaram".[42]

Note-se que o que a lei proíbe, na parte final do dispositivo citado, é que se agregue ao processo *aquilo que dele deveria constar desde a ocasião de sua pertinente apresentação*: documento ou informação demandados pelo edital, mas que não foram produzidos a bom tempo. Não proíbe, obviamente, que, tendo sido *acostado o documento ou expressada a informação "opportuno tempore"*, seus alcances sejam ulteriormente esclarecidos, caso a Administração tenha alguma dúvida *razoável* a solver quanto ao conteúdo ou procedência deles.

Aliás, a ser de outro modo o dispositivo quase não teria valia. É claro, pois, que a vedação constante da parte final do preceptivo – de resto, mais do que razoável – propõe-se a obstar à tardia anexação de elementos *demandados no edital e não oferecidos na ocasião azada*. Inversamente, não se propõe a impedir que a Administração se elucide quanto àquilo que, no momento próprio, foi apresentado pelo licitante. É óbvio, finalmente – escusa dizê-lo –, que tal providência não seria prestante para servir como via transversa de suprir faltas. Sua utilidade reside em dissipar "dúvida razoável" suscitada pela

42. Ob. cit., p. 397.

informação ou documento anteriores, no que estão, pois, embutidas as seguintes ideias:

a) o documento ou informação *já devem constar do processo, se demandados pelo edital*;

b) o teor do documento ou informação é propiciatório de mais de uma intelecção – *e não, pois, apenas de uma intelecção*.

Concorrentes estes pressupostos, a Administração espancará suas dúvidas demandando de quem forneceu o documento ou a informação o esclarecimento necessário. Por isto mesmo, conforme noticia ainda o citado Marçal Justen Filho,[43] o colendo STF "admitiu a possibilidade de juntada posterior de documento destinado a esclarecer a dúvida *acerca de outro, apresentado tempestivamente*. Reputou-se que dúvida da Administração exigia produção de defesa, o que impunha faculdade de juntada de documento complementar" (grifo nosso).

Deveras, no MS 5.418-DF, a Suprema Corte entendeu que: "No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento *meramente explicativo e complementar de outro preexistente* ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios constitucionais ou legais" (grifo nosso).

Vistas superficialmente as diversas fases da licitação, examinemos cada uma delas com maior detença.

X. O edital

94. No Direito brasileiro habitualmente designa-se por edital de licitação tanto o ato através do qual se realiza a publicidade do certame (e que a Lei 8.666 apropriadamente denomina aviso contendo o resumo do edital) quanto aquele consubstanciado no documento que fixa as condições em que se efetivará o certame.

Do aviso-resumo, divulgado na forma prevista no art. 21, devem constar indicação sucinta do objeto licitado, identificação do local em que se poderá obter seu texto completo (com os respectivos anexos) e todas as informações sobre a licitação (§ 1º).

A lei inadmite que, para seu fornecimento, seja cobrada, a título de taxas, emolumentos ou qualquer outro nome, importância superior ao custo efetivo da reprodução gráfica da documentação em apreço (art. 32, § 5º).

43. Ob. e p. cits., nota de rodapé 274.

Pode-se definir o edital da seguinte forma: é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado.

95. São as seguintes as funções desempenhadas pelo edital:

a) dá publicidade à licitação;

b) identifica o objeto licitado e delimita o universo das propostas;

c) circunscreve o universo de proponentes;

d) estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas;

e) regula atos e termos processuais do procedimento;

f) fixa as cláusulas do futuro contrato.

O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua "lei interna". Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar (art. 41).

Embora não seja exaustivo, pois normas anteriores e superiores o complementam, ainda que não reproduzidas em seu texto, como bem o diz Hely Lopes Meirelles, o edital é "a matriz da licitação e do contrato"; daí não se poder "exigir ou decidir além ou aquém do edital".[44]

96. A lei indica, no art. 40, tudo o que obrigatoriamente deverá dele constar. Dentre outros tópicos, salientem-se os seguintes: o objeto, descrito com clareza e sucintamente (art. 40, I); prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, para execução do contrato e do objeto da licitação (40, II); sanções para o caso de inadimplemento (40, III); condições para participação dos interessados (40, VI); critério para julgamento, com parâmetros objetivos (40, VII); critério de aceitabilidade dos preços, permitida a fixação de máximos, mas vedada a fixação de preços mínimos, com ressalva do disposto no art. 48, §§ 1º e 2º, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência (40, X); critério

44. *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 167.

de reajuste dos preços, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção desde a data da proposta ou do orçamento a que ela se referir até a do pagamento de cada parcela, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais para mensurar tal variação (40, XI); prazo de pagamento, que não poderá exceder de 30 trinta dias, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela (40, XIV, "a"); critério de atualização financeira (correção do valor da moeda) desde a data prevista para cada pagamento até sua real efetivação (40, XIV, "c"); compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento (40, XIV, "d").

Constituem anexos do edital e dele fazem parte integrante:

(I) o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas especificações e complementos;

(II) orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários;

(III) minuta do contrato a ser firmado; e

(IV) especificações complementares (art. 40, § 2º).

97. Quando se tratar de licitações com recursos oriundos de financiamento ou doação provenientes de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil participe, poderão ser admitidas as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional, assim como normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa, que, além do preço, poderá contemplar outros fatores, desde que por elas exigidos e não conflitantes com o princípio do julgamento objetivo (art. 42, § 5º).

98. Para assegurar a mais ampla fiscalização quanto à lisura do edital, o art. 41, § 1º, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital que se ressinta de desconformidade com a lei. Prevê que poderá protocolar sua manifestação até cinco dias antes da data da abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração, em até três dias úteis, respondê-la e julgá-la. Ainda que não lhe dê provimento, anulando o edital, o insurgente poderá, sempre, a teor do art. 113, § 1º, representar ao Tribunal de Contas.

99. A lei prevê, ainda, que o licitante pode, tempestivamente, isto é, antes da abertura dos envelopes de habilitação, apontar-lhe

falhas ou irregularidades que o viciariam, sem que isto represente causa de impedimento a que participe do certame até a decisão administrativa final sobre a questão. Estabelece, entretanto, que, se aceitou o edital, nada havendo objetado até o segundo dia útil que antecede a abertura dos envelopes de habilitação na concorrência e o conhecimento das propostas nas demais modalidades, decairá do direito de impugná-lo e sua insurgência posterior não terá efeito de recurso (art. 41, § 2º).

O fato, entretanto, é que, a qualquer tempo, qualquer cidadão (o que inclui o licitante) pode exercer direito de petição aos Poderes Públicos, "em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder" (art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal), e a Administração, diante de alguma invalidade do edital, não terá alternativa senão anular o certame.

Vícios do edital

100. Podem ser mencionados os seguintes vícios ensejadores de nulidade do edital:

a) *indicação defeituosa do objeto ou delimitação incorreta do universo de propostas* – por ser imprecisa e obscura a identificação do objeto, impedindo seu exato reconhecimento, ou por inadequada especificação dele. Isto ocorrerá quando a especificação for insuficiente, tornando incotejáveis as propostas, ou quando for excessiva, de molde a alijar discriminatoriamente concorrentes em benefício de alguns ou de algum interessado. Nestes últimos casos haverá defeito na delimitação do universo de propostas admissíveis;

b) *impropriedade na delimitação do universo de proponentes* – pelo estabelecimento de índices ou fatores de capacitação excessivos, desproporcionais aos encargos envolvidos na licitação, ou por exigir que já estejam atendidos em época descoincidente com aquela na qual teriam relevo para a segurança das propostas;

c) *caráter aleatório ou discriminatório dos critérios de avaliação de proponentes e propostas* – por objetivos discriminatórios ou por vacuidade dos critérios, proporcionando subjetivismo desnecessário na avaliação da idoneidade ou das qualidades das propostas, ou mesmo por estabelecerem pautas insuficientes para se ajuizar sobre a correção do julgamento;

d) *estabelecimento de trâmites processuais cerceadores da liberdade de fiscalizar a lisura do procedimento* – por retirarem dos

licitantes a possibilidade de acompanhar a licitude do certame e a isonomia no tratamento dos ofertantes.

A relação de vícios apontada não é exaustiva. Desde logo, por ser óbvio que qualquer disposição do edital que contrarie a legislação acarretará sua ilicitude. Foram apontados vícios mais frequentes, que procedem diretamente da oposição aos *princípios* retores da licitação ou que se incompatibilizem com traços nucleares do instituto.

XI. A habilitação

101. A habilitação, por vezes denominada qualificação, é a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração.

Examinam-se a *habilitação jurídica*, a *qualificação técnica*, a *qualificação econômico-financeira*, a *regularidade fiscal* e o *cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal*; isto é, a proibição de "trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos".[45] Como ao diante se indica, a lei minuciosamente estabelece como se fará a comprovação de cada um destes requisitos para habilitação, salvo no que concerne ao último deles, a respeito do qual foi silente. Na habilitação, pois, são considerados atributos do sujeito, do proponente.

A lei esclarece que podem ser exigidos *exclusivamente* documentos relativos a estes tópicos mencionados (art. 27) e aponta o que pode ser demandado para comprovar a capacitação dos interessados (arts. 28-31). O que se verifica, nesta ocasião, é o atendimento de requisitos concernentes à pessoa do licitante.

102. Na modalidade de licitação denominada *convite*, ante o pequeno vulto do bem ou serviço do certame, inexiste a fase de habilitação. Esta é presumida. A própria entidade licitadora convoca, por escrito, três fornecedores que de antemão repute habilitados.

45. A consideração deste último fator foi introduzida pela Lei 9.854, de 27.10.1999, que acrescentou ao art. 27 da Lei 8.666 um inciso V, do seguinte teor: "V – o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição". De seu turno, este inciso XXXIII fora acrescentado ao referido art. 7º pela Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998.

Na modalidade *tomada de preços* os interessados em participar de licitações necessitam inscrever-se em um cadastro administrativo (ainda que o façam em vista e por ocasião de uma dada licitação já instaurada, desde que o demandem três dias antes da data da abertura das propostas, como esclarecido nos ns. 50 e 52) no qual ficam catalogados, por ramos de atividade, os que se habilitaram mediante demonstração de capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal.

Na modalidade *concorrência* a habilitação realiza-se no bojo de uma dada licitação e é específica para ela. Na *tomada de preços* a habilitação é inespecífica para uma certa licitação, ainda quando, como foi dito, seja solicitada por ocasião de um determinado certame e em vista dele. Conquanto nele suscitada, com vistas a influir naquele procedimento, efetua-se de modo paralelo e concomitante, isto é, como um incidente que detém a sequência da licitação até a solução deste tópico (o cadastramento demandado).

O exame da habilitação, inclusive para registro cadastral, é feito por comissão de três membros, conforme já se averbou (ns. 65 e 71).

103. Vejamos quais são os documentos exigíveis para cada um dos aspectos da habilitação, ressaltando-se que podem ser apresentados no original, em cópia, por qualquer processo de cópia, autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou em publicação da imprensa oficial (art. 32).

104. Para a *qualificação jurídica*, conforme o art. 28, podem ser demandados, conforme o caso: (I) cédula de identidade; (II) registro comercial, no caso de empresa individual; (III) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, registrado; (IV) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova da diretoria em exercício; e (V) ato de registro ou autorização para funcionamento expedidos pela autoridade competente, quando a atividade o exigir, e, tratando-se de pessoa jurídica estrangeira em funcionamento no país, decreto de autorização para tanto.

105. A documentação concernente à *regularidade fiscal*, conforme o caso e consoante o art. 29, é a seguinte: (I) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); (II) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da licitação; (III) prova de regularidade fiscal com as

Fazendas Públicas, ou outra equivalente, na forma da lei; (IV) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); (V) prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho (acrescido pela Lei 12.440, de 7.7.2011).

No que tange à prova de regularidade com as Fazendas Públicas, Jessé Torres Pereira Jr. anotou que já não mais se fala em "quitação" com a Fazenda Pública, mas em "regularidade" com o Fisco, que pode abranger a existência do débito consentido e sob o controle do credor. Donde, será ilegal o edital que exija prova de quitação.[46] Além disto, o licitante pode haver se insurgido contra o débito por mandado de segurança ou outro meio pelo qual o questione ou questione seu montante. Há de se ter por certo que "a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição", como bem o disse Marçal Justen Filho.[47] Donde, se a parte estiver litigando em juízo sobre o pretendido débito, tal circunstância não poderá ser um impediente a que participe de licitações.[48]

Entendemos, ademais, que a existência de débitos fiscais só poderá ser inabilitante se o montante deles puder comprometer a "garantia do cumprimento das obrigações" que possam resultar do eventual contrato. Isto porque o art. 37, XXI, da Constituição só admite exigências que previnam este risco.[49]

46. *Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas*, cit., p. 162. No mesmo sentido é a averbação de Sidney Martins: "Traz, ainda, o inciso III, a substituição do termo 'quitação' por 'regularidade' para com a Fazenda, que modificou o sentido da exigência ('regularidade' não é o mesmo que 'quitação') (ver art. 206 do Código Tributário Nacional)" (in *Licitações – Breves Anotações ao Novo Estatuto – Lei 8.666, de 21.6.1993*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 1993, p. 49).

47. Ob. cit., p. 168.

48. Lúcia Valle Figueiredo, reportando-se à exigência de regularidade fiscal em face do art. 195, § 3º, da Constituição, que proíbe contrato com o Poder Público a quem esteja em débito com a seguridade social, averba: "Mister, todavia, a interpretação correta do que seja 'estar em débito'. Estar em débito exige que haja dívida inscrita e, demais disto, que não haja qualquer suspensão da exigibilidade do crédito, quer seja por recursos administrativos dotados de suspensividade, quer seja por decisão judicial. Assinale-se outrossim que a certidão positiva com efeito de negativa também é possível" (*Direitos dos Licitantes*, cit., p. 101).

49. À vista deste dispositivo constitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro advertira, ainda ao tempo do Decreto-lei 2.300, que a exigência de regularidade fiscal "não encontra abrigo na Constituição atual, já que a regularidade jurídico-fiscal não

Cumpre anotar que, *quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno* porte, conforme o art. 42 da lei que as qualifica e regula (Lei Complementar 123, de 14.11.2006), a regularidade fiscal *não será exigida na fase de habilitação, mas apenas antes da contratação*. Se houver alguma restrição nesta matéria, em cinco dias, contados da data em que houver sido declarada vencedora, prorrogáveis a critério da Administração por mais cinco, a empresa deverá regularizar a documentação, pagando o débito ou parcelando-o, para a emissão de certidão negativa ou positiva com efeito negativo, sob pena de perder o direito à contratação e se sujeitar às sanções previstas no art. 81 da Lei 8.666, conforme os §§ 1º e 2º do mencionado art. 42 da Lei Complementar 123, com a redação dada pela Lei Complementar 147/2014.

106. A documentação pertinente à *habilitação técnica*, denominada na lei como *qualificação técnica*, a teor do art. 30, limitar-se-á a: (I) registro ou inscrição na entidade profissional competente; (II) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades e prazos e indicação das instalações, aparelhamento e pessoal técnico disponíveis para o eventual contrato,

se enquadra nos conceitos de capacidade técnica e econômica a que se refere o art. 37, XXI" (*Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, p. 244). A mesma lição está expressa em comentadores do Decreto-lei 2.300, após a promulgação da Lei Magna de 1988. Toshio Mukai, pelo mesmo fundamento, averbou: "Já a exigência de regularidade fiscal escapa àquele fim, pois, enquanto o débito eventual estiver na via administrativa, este fato não tem repercussão direta na situação econômica da empresa; tê-lo-á quando o débito estiver em execução judicial, porque aqui há a penhora de bens daquela (representando 'execução patrimonial'). Além disso, a regularidade fiscal constitui uma coação indireta do Poder Público para que a empresa se mantenha em dia com os cofres públicos. Portanto, de um lado, não é indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, sendo excessiva e não proporcional ao fim visado pelo texto, e, de outro lado, nada tem que ver com esse fim. Como consequência, a regularidade fiscal não pode ser admitida em face da Constituição" (*Estatuto Jurídico de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 60 e 61). Comentos de equivalente teor encontram-se também em Ivan Barbosa Rigolin (*Manual Prático das Licitações*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 31-32 e 232). Não se argumente que o Texto Constitucional, hoje, autoriza limitação desta ordem, ao estabelecer que a "pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", a teor do art. 195, § 3º. Dito argumento prova justamente o contrário. Prova que, quando a Constituição o desejou, estabeleceu expressamente, isto é, constituiu uma exceção, de sorte que a exigência de regularidade perante o sistema de seguridade social, esta sim, pode ser exigida, o que, evidentemente, não libera a exigência de outros tributos como requisito de idoneidade fiscal, dado, quando menos, o impediente advindo do art. 37, XXI.

bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará trabalhos; (III) comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; (IV) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

107. A demonstração requerida no inciso II, isto é, da aptidão para desempenho, no caso de *obras e serviços*, se fará mediante atestados de entidade governamental ou privada, certificados pela entidade profissional competente (art. 30, § 1º).

As exigências relativas à capacitação técnico-profissional cingir-se-ão à comprovação de que o licitante possui em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior (ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente) detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos (art. 30, § 1º, I, c/c § 2º). Claro está que admitir-se-á comprovação mediante certidões ou atestados de obras e serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto licitado (art. 30, § 3º).

Não são admissíveis exigências de comprovação de atividade ou aptidão com limitações de tempo, de época ou ainda de locais específicos, assim como quaisquer outras não previstas na lei e que inibam a participação no certame, sendo certo, ainda, que as exigências relativas à instalação de canteiros, a máquinas, equipamentos, pessoal técnico especializado, havidas como indispensáveis para o cumprimento do objeto, considerar-se-ão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e declaração formal de sua disponibilidade, sob as penas da lei, sendo vedadas tanto exigências de propriedade quanto de localização prévia (art. 30, §§ 5º e 6º).

108. No caso de licitação para *fornecimento de bens*, a comprovação da aptidão técnica, quando for o caso, será feita por simples atestados de cumprimento do fornecimento (subentende-se: pertinente e compatível em quantidade e prazos), emitidos por entidade governamental ou privada (art. 30, § 4º).

109. Nas licitações para obras, serviços e compras de grande vulto e alta complexidade técnica (v. ns. 73-75), conforme já se deixou dito (n. 74), a Administração pode exigir dos licitantes a comprovação da metodologia de execução, a fim de avaliá-la para sua aceitação ou recusa, segundo critérios objetivos, providência que sempre antecederá à análise dos preços (art. 30, § 8º).

110. A documentação pertinente à *habilitação econômico-financeira*, consoante o art. 31, será limitada a: (I) balanço patrimonial e demonstrações contábeis já exigíveis do último exercício social, vedada sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, e atualizáveis por índices oficiais, se encerrados há mais de três meses da data de apresentação da proposta, que comprovem a boa situação financeira da empresa, a ser avaliada, segundo dispõe o § 5º, de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e justificados no processo administrativo instrutório da licitação; (II) certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo Distribuidor da sede da pessoa jurídica e, no caso de pessoa física, certidão negativa de execução patrimonial expedida em seu domicílio; (III) eventualmente, garantia consistente em caução em dinheiro, em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou, então, em fiança bancária (a critério do licitante, segundo entendemos), não excedente de 1% do valor estimado do contrato; (IV) eventualmente, relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição de sua capacidade operativa ou disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação (art. 31, § 4º).

111. No caso de compras para entrega futura, bem como no de obras e serviços, o instrumento de convocação poderá fixar exigência de capital mínimo, comprovado na data da apresentação da proposta e atualizável por índices oficiais, nunca excedente de 10% do valor estimado do contrato (art. 31, §§ 2º e 3º).

112. A exigência de indicadores de aptidão limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que poderão lhe advir do contrato, se vier a travá-lo, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade (art. 31, § 1º).

Documentos substitutivos para habilitação

113. Cumpre, ainda, fazer três importantes averbações sobre o tema da habilitação em geral.

Uma é a de que os documentos necessários à habilitação em qualquer dos seus aspectos *podem* ser substituídos por certificado de registro cadastral (v. ns. 65-67), desde que previsto no edital (art. 32, § 3º).

Além disto, o certificado de registro *substitui*, como direito do licitante, a documentação atinente à habilitação jurídica (prevista no art. 28) e, *parcialmente*, os documentos relativos à regularidade fiscal (prevista no art. 29), isto é: os atinentes à inscrição no CPF (Cadastro de Pessoas Física) ou CGC (Cadastro Geral de Contribuintes) e à prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal (se houver) relativo ao domicílio ou sede do licitante pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da licitação (art. 32, § 2º).

A segunda observação é a de que, na conformidade do art. 32, § 1º, a exigência dos documentos comprobatórios de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal) *pode ser dispensada total ou parcialmente no leilão, no concurso, no convite e no fornecimento de bens para pronta entrega.*[50]

A terceira é a de que a habilitação pode não ser de uma pessoa, mas de um consórcio.

Consórcios

114. O consórcio não é uma pessoa jurídica, mas associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas.

A legislação abre possibilidade de que as concorrências, desde que o edital o admita, sejam disputadas por interessados reunidos *sob o compromisso de se constituírem em consórcio* e de registrarem-no, caso venham a vencer o certame (art. 33, I, c/c § 2º).

O *compromisso*, público ou particular, de *virem a constituir o consórcio* deve ser subscrito por todas as empresas que se propõem integrá-lo (art. 33, I), as quais serão solidariamente responsáveis por

50. Sem embargo, jamais poderia haver dispensa total para o subsequente contrato com o vencedor, mesmo em se tratando do contrato mais informal e de cumprimento imediato, como ocorreria no leilão. É que, quando menos, seria obrigatória a comprovação de regularidade perante o sistema de seguridade social, em face do art. 195, § 3º, da Constituição.

quaisquer atos praticados na licitação sob tal compromisso e pelos praticados pelo consórcio na execução do contrato (art. 33, V). Uma das integrantes deverá ser indicada para liderá-lo, devendo atender às condições para tanto obrigatoriamente fixadas no edital (art. 33, II), e terá de ser necessariamente uma empresa brasileira (§ 1º do art. 33), salvo em hipóteses invulgares previstas no art. 32, § 6º, e referidas mais além (n. 116).

115. A habilitação far-se-á com a apresentação da documentação que lhe corresponde (isto é, como já foi visto, a que está referida nos arts. 28-31), por parte de cada um dos integrantes do compromisso de consórcio. Para efeito de qualificação técnica, admitir-se-á o somatório dos quantitativos de cada empresa, ao passo que, para efeito de qualificação econômico-financeira, admitir-se-á o somatório dos valores de cada qual, porém *na proporção da respectiva participação*. Desde que o edital assim o estabeleça, a Administração poderá exigir um acréscimo de até 30% dos valores demandados para os licitantes individuais, salvo quando o compromisso de consórcio for integrado por micro e pequenas empresas, assim definidas em lei (art. 33, III).

Habilitação de empresa estrangeira em licitação internacional; compras de bens no Exterior

116. Nas licitações internacionais, as empresas estrangeiras *que não funcionem no país*, para se habilitarem, devem apresentar documentos, tanto quanto possível, equivalentes aos exigidos entre nós, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado. Demais disto, haverão de ter representação legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente (art. 32, § 4º).

Entretanto, tais exigências não se aplicam (como não se aplica a obrigatoriedade de liderança de empresa nacional em consórcio – cf. n. 114 –, ou a obrigação de foro contratual no Brasil) quando (a) tratar-se de licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência financeira de cooperação; (b) na compra de equipamentos fabricados e entregues no Exterior por empresa estrangeira, desde que para tanto tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo; e (c) nas aquisições de bens e serviços realizadas por unidades administrativas com sede no Exterior (art. 32, § 6º).

Comparecimento de um único licitante

117. Se à licitação comparecer apenas um interessado, deve-se apurar sua habilitação normalmente. Se habilitado, sua proposta será examinada tal como ocorreria se outros disputantes houvesse. Não há óbice algum a que lhe seja adjudicado o objeto da licitação, em sendo regular sua proposta, pelo fato de inexistirem outros interessados. O mesmo ocorrerá se vários comparecerem mas apenas um for habilitado.

Pré-qualificação

118. Finalmente, cabe dizer que o sistema adotado pela lei, conforme explicitamente o diz o art. 114, "não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados". Realizar-se-á mediante proposta da autoridade competente, aprovada pelo superior, com atendimento das exigências relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação (§§ 1º e 2º do art. 114).

Pré-qualificação é uma prévia operação seletiva dos interessados em dado certame ou certames a serem instaurados. Efetua-se fora da licitação. Pode abarcar todo um *empreendimento*, sendo compreensiva de diversas obras parciais a serem licitadas uma por uma e restrita aos que se pré-qualificaram.

Descabimento de rigorismos inúteis na habilitação

119. Na fase de habilitação a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismo inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari,[51] já se tornou clássico: "Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na

51. *Aspectos Jurídicos da Licitação*, 3ª ed., atualizada e ampliada, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 88.

primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório".[52]

Efeito jurídico da habilitação

120. A habilitação, como observa o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,[53] tem o efeito jurídico de atribuir aos que afluíram ao certame a qualidade jurídica de ofertantes e o direito ao exame de suas propostas. É ato que remove obstáculos para concorrer ao objeto licitado. Daí que os habilitados, e só eles, podem disputá-lo. Os demais ficam excluídos da licitação.

Definida a habilitação, todos os que demonstraram a suficiência exigida ficam absolutamente parificados quanto a isto. Não há licitantes mais ou menos aptos. Ou o são, ou não o são.

Por isto mesmo, a Administração não poderá, ulteriormente, quando do julgamento, levar em conta, para fins classificatórios, fatores que já foram apreciados na fase de habilitação e cujo préstimo a isto tinham e têm de se cingir.

Merece ser considerada a hipótese de um proponente já habilitado vir a sofrer, ao depois, mutações detrimentosas em sua capacitação. É dizer: fato *superveniente* à habilitação pode alterar a capacidade do licitante, eliminando-a em quaisquer de seus aspectos ou reduzindo-a a níveis inferiores ao exigido.

Em tal circunstância, o caráter preclusivo da habilitação, que a lei expressamente refere no que atina à posição do *inabilitado* (art. 41, § 4º), não prevalece. Dispõe o art. 43, § 5º, embora em linguagem tecnicamente imprópria, que, "ultrapassada a fase de habilitação e abertas as propostas não cabe 'desclassificá-los' por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento". É claro que a ausência de aptidão subjetiva tornaria insegura ou até inexequível sua oferta. Evidentemente, a hipótese cogitada tem lugar quando razões fundadas e objetivas levem a Administração a concluir que infirmou-se a continuidade de habilitação dantes reconhecida e a apurar efetivamente a ocorrência do fato.

A falência ou a recuperação judicial do proponente servem de exemplos da elisão da aptidão econômica e financeira do licitante.

52. TJRS, AgPet 11.336, *RDP* 14/240.

53. *Da Licitação*, São Paulo, José Bushatsky, 1978, p. 90.

Vícios da habilitação

121. Evidentemente, são muito variados os vícios jurídicos que podem ocorrer ao propósito da habilitação. Decorrerão seja:

a) *da infringência dos dispositivos legais* que regulam este ponto nas normas sobre licitações, seja

b) *da desatenção às condições pertinentes estabelecidas no edital.*

Não se pode, portanto, arrolar as incorreções jurídicas passíveis de suceder.

Vale a pena, contudo, mencionar alguns vícios insidiosos pelos quais sorrateiramente pode ser burlada a necessária isonomia no procedimento licitatório, por ocasião da habilitação.

a) Exigência de documentação excessiva, vale dizer, de comprovantes atinentes aos aspectos econômicos, técnicos ou de capacidade jurídica desnecessários para demonstração deles. De um modo geral isto ocorre quando a entidade licitadora requer outros documentos além dos previstos em lei como necessários.

b) Exigência de índices de capacidade econômica (quando admitida) ou técnica descompassados com o vulto ou complexidade do objeto licitado, é dizer: não proporcionais a ele.

Este vício ocorre quando tais índices são demasiadamente altos ou demasiadamente baixos ou, de qualquer modo, inaptos, pelo teor da exigência, a atingir os objetivos que os justificariam.

A estatuição de índices muito elevados é que, na prática, se apresenta temível. Seria um procedimento astucioso a circunscrever a disputa a um número reduzido e privilegiado de concorrentes em desfavor de outros que poderiam, igualmente, enfrentar o certame e o futuro contrato sem riscos para a Administração. Esta compatibilidade, isto é, esta necessária relação de proporcionalidade entre a habilitação e o objeto licitado, certamente vale tanto para o aspecto da idoneidade técnica, no que atina a valores, prazos e quantidade, quanto para o aspecto da idoneidade financeira.

c) Exigência de índices de capacitação técnica e financeira *atendidos em época diversa daquela* em que seriam necessários para segurança administrativa da licitação. Ocorreria este vício, judicialmente impugnável, se, por exemplo, a entidade licitadora pretendesse dos interessados demonstração de possuírem um dado capital ou uma certa quantidade de obras realizadas não à época da apresentação dos comprovantes de idoneidade, mas, por hipótese, no final do ano anterior ou quando da publicação dos editais.

XII. O julgamento

122. O julgamento das propostas começa por um exame de suas admissibilidades, pois as propostas devem atender a certos requisitos, sem o quê não poderão sequer ser tomadas em consideração. Devem ser desclassificadas.

Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências necessárias para sua participação no certame.

À entidade licitadora incumbe fundamentar a desclassificação, explicitando de modo claro e preciso os aspectos que determinaram sua incompatibilidade com os requisitos inerentes à licitação.

Requisitos das propostas

123. Para serem apreciadas, as propostas necessitam ser *sérias*, *firmes* e *concretas*, como acentua Marcello Caetano.[54] A estes caracteres Adílson Abreu Dallari[55] acrescenta, com razão, um quarto requisito, a saber: *ajustadas às condições do edital*. Conviria aduzir, ainda: e à lei, pois o edital poderá omitir alguma condição legalmente exigida para a regularidade das propostas.

Proposta *ajustada às condições do edital* e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta neles permitidas.

Proposta *séria* é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.

As propostas *inexequíveis* não são *sérias*, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de *dumping*, configurando comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Em tema de inexequibilidade vale lembrar que o inciso X do art. 40 veda que no edital se estabeleçam preços mínimos (os quais cumpririam a função de piso de exequibilidade das propostas), mas, ao ressalvar o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 48, termina por admitir que um piso de exequibilidade resulte do conjunto das ofertas feitas.

54. *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed., t. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 539.

55. *Aspectos Jurídicos da Licitação*, cit., 1992, p. 94.

Com efeito: no § 1º do art. 48 prefixa hipótese de inexequibilidade nos casos de licitação de menor preço de obras e serviços de engenharia. Sua redação é confusíssima, mas pode ser deslindada nos termos que seguem: serão desclassificadas, por inexequíveis, propostas cujos valores fiquem abaixo do menor dos seguintes valores: ou abaixo de 70% do valor orçado pela Administração ou abaixo de 70% da média aritmética dos valores das propostas que excedam em 50% o valor orçado pela Administração; no § 2º estabelece que, se a proposta *classificada* (portanto, que não infringiu este piso de 70%) ficou abaixo de um piso de 80%, para assinatura do contrato o licitante terá de oferecer uma garantia adicional, igual à diferença entre o valor determinado na forma do § 1º e o valor da correspondente proposta.

Ao nosso ver, inexequibilidade é uma questão "de fato". Assim, a inexequibilidade prevista no § 1º apenas firma uma presunção *juris tantum*, ou seja, que pode ser destruída pela demonstração documentada da exequibilidade da proposta. Parece-nos que ao critério aludido só se pode atribuir um valor *indicativo*, *preliminar*, mas que *admite prova em contrário*, seja *em favor da exequibilidade* de uma proposta que fique abaixo dos parâmetros concretamente apurados em dada licitação, seja *em favor da inexequibilidade* de uma dada proposta que haja se alocado no interior deles.

Deveras – tirante a hipótese de "abuso de poder econômico" –, como dito, a "inexequibilidade" de uma proposta é manifestamente uma *questão de fato*. Trata-se, a final, de saber se dada proposta reúne ou não condições objetivas de ser cumprida, ou seja, se é ou não *economicamente viável*, por ser este o único tópico enfocado no art. 48. Ora, se o for, *não pode ser desclassificada*, pena de ofensa ao direito do licitante – autor da melhor proposta – de vê-la reconhecida e proclamada como tal, até porque de outra sorte violar-se-ia o art. 37, XXI, da Constituição, que inadmite exigências excedentes do indispensável ao cumprimento das obrigações. Inversamente, se não o for, *será obrigatória sua desclassificação*. Deveras, a circunstância de vir a encontrar-se alocada dentro de determinados limites, ademais, *não reconhecíveis "a priori"* (mas só identificáveis concretamente após a abertura das propostas, que é a hipótese da alínea "a"), *não é garantia alguma de que uma proposta seja exequível*.

Proposta *firme* é aquela feita sem reservas, quais as de cláusula condicional ou resolutiva.

Proposta *concreta* é aquela cujo conteúdo do ofertado está perfeitamente determinado nela mesma, sem estabelecer *remissões* a

ofertas de terceiros, quais, *e.g.*, o "preço que for mais baixo" ou "tanto por cento menos que a melhor oferta" etc.[56]

124. As propostas que desatendam a estes requisitos devem ser liminarmente desclassificadas. Ficam excluídas da disputa e a Administração não pode entrar no mérito da conveniência que teriam. De conseguinte, sequer cabe alinhá-las na seriação por ordem de vantagens.

125. Nos termos do art. 44, § 2º: "Não se *considerará* qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, *nem preço ou vantagem baseado nas ofertas dos demais licitantes*".

Compreende-se que a vantagem extra tenha que ser simplesmente desconsiderada, em nada podendo interferir com o julgamento, por desbordar das possibilidades supostas no edital. Entretanto, é possível admiti-la, desconsiderando tal excesso e fazendo-se a classificação com desconhecimento desta demasia.

126. Não é, todavia, o que sucede no caso do preço ou vantagem baseados em proposta alheia. Aqui, simplesmente não há uma proposta concreta, autônoma e nem mesmo séria, pois o ofertante, na medida em que se remete ao que foi feito por outrem (e que ele, ao menos de direito, desconhece), ter-se-á esquivado a sopesar, como deveria, as condições da proposta que ele próprio poderia responsavelmente apresentar. Donde, oferta que *se houver circunscrito a tais termos* não reúne o mínimo necessário para ser admitida. Deve ser desclassificada, pena de comprometimento da seriedade do certame.

127. No que concerne às demais ofensas ao que indicamos como requisitos das propostas, a lei estabelece que lhes acarretam desclassificação. Assim o faz expressamente no que atina às manifestamente inexequíveis – e ainda declara incursas em igual fulminação as ofertas que cotem preços excessivos (art. 48).

Demais disto, estatui que, mesmo se o ato convocatório omitir-se em indicar o "critério de aceitabilidade dos preços", suposto no art. 40, X, será havida como inaceitável proposta que apresente preços global ou unitário simbólicos, irrisórios, ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado, acrescidos dos respectivos

56. Cf. Marcello Caetano, ob. cit., pp. 540-541.

encargos, pois atribui dita consequência "ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos" (art. 44, § 3º).[57] Aliás, nesta última referência há contradição com o disposto no art. 40, X, pois ali se proíbe a estatuição de preços mínimos.

128. Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar o prazo de oito dias, ou três, no caso de convite, para que seus autores apresentem outras, escoimadas de seus vícios (art. 48, § 3º).

Objetividade do julgamento

129. O julgamento das propostas efetuar-se-á de acordo com o "tipo de licitação" adotado no edital e far-se-á com o máximo de objetividade, exclusivamente em função dos fatores nele previstos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45, *caput*, c/c art. 44). É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado, capaz de comprometer a igualdade dos disputantes (§ 1º do art. 44).

Classificação

130. As propostas conformes ao edital devem ser avaliadas e classificadas.

Classificação é o ato pelo qual as propostas admitidas são ordenadas em função das vantagens que oferecem, na conformidade dos critérios de avaliação estabelecidos no edital (e que, evidentemente, hão de ser consonantes com a lei). Quem a realiza é a comissão julgadora da licitação, que deve ser composta por três membros pelo menos, consoante já se disse.

Desempate entre as propostas

131. Havendo empate entre as várias propostas, depois de aplicados infrutiferamente os critérios de preferência do art. 3º, § 2º, procede-se ao desempate, o qual, de acordo com a lei, far-se-á obri-

57. O § 4º do art. 44 estatui que o mesmo vale para propostas que incluam mão de obra estrangeira ou produtos importados.

gatória e exclusivamente mediante sorteio, efetuado em ato público, para o qual serão convidados todos os participantes (art. 45, § 2º). Sem embargo, como já se anotou, considerar-se-ão empatadas as propostas quando micro ou pequena empresa haja ofertado até 10% (ou 5%, no caso de pregão) a mais que o primeiro classificado, hipótese em que poderá rebaixar sua oferta para valor inferior ao dele e, assim, obter a adjudicação, tudo conforme exposto no n. 10.

Os "tipos" de licitação

132. Esclareça-se que a lei denomina "tipos de licitação" ao que, na verdade, são os distintos critérios *fundamentais* de julgamento por ela estabelecidos para obras, serviços e compras (não para concurso e leilão), vedada a criação de outros (art. 45, § 5º). São eles os seguintes: (I) de menor preço; (II) de melhor técnica; (III) de técnica e preço; e (IV) o de maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

133. A regra geral é a do julgamento pelo menor preço, visto que tanto a licitação de melhor técnica quanto a de técnica e preço só têm cabida em três ordens de hipóteses. A saber:

a) "para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva, em geral, e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos" (art. 46);

b) para a contratação de bens e serviços de informática, que, de resto, realizar-se-á com observância do disposto no art. 3º da Lei 8.248, de 23.10.1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º, admitida a adoção de outro critério nos casos indicados por decreto do Poder Executivo (art. 45, § 4º); e

c) "excepcionalmente, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade

concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade de critérios objetivamente fixados no ato convocatório" (art. 46, § 3º).

134. No julgamento pelo *menor preço* (I) o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, § 1º, I).

Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço *nominalmente* mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, *caput*, e art. 45), refere-se a "critérios de avaliação", a "fatores" interferentes com ela, de par com os "tipos" de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementando-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para avaliação das propostas.

Assim, rendimento e condições de pagamento, por certo, podem interferir na identificação do preço, propiciando um objetivo reconhecimento daquele que é deveras o menor, ainda quando nominalmente assim não apareça a um primeiro súbito de vista.

135. No julgamento pela *melhor técnica* (II), diversamente do que o nome sugere, a seleção da proposta mais vantajosa é a que resulta de uma *negociação* que culmina pela escolha daquela que, tendo alcançado índice técnico comparativamente mais elevado do que o de outras, seu proponente concorde em rebaixar a cotação que havia feito até o montante da proposta de menor preço dentre as ofertadas. Como nem sempre o autor da proposta de melhor nota técnica concordará com dito rebaixamento, só o fazendo quem lhe esteja imediatamente abaixo, ou o subsequente, e assim sucessivamente, claro está que nem sempre será escolhida a proposta de melhor técnica, ao contrário do que sugere a denominação dada pela lei a este "critério" de julgamento (ou "tipo" de licitação, para usar da terminologia normativa). Veja-se que, se nenhum dos autores das propostas tecnicamente melhor alocadas aquiescer em reduzir o preço, terminará por ser escolhida a de menor preço, conquanto tecnicamente inferior a todas as demais.

Neste tipo de licitação, que está inteiramente regulada no art. 46, § 1º, e seus quatro incisos, o ato convocatório indicará o *preço máximo* admissível, o índice de *valorização técnica mínima* para aceitabilidade das propostas e os critérios de avaliação técnica delas, os quais hão de ser pertinentes ao objeto, enunciados com clareza e objetividade, e levarão em conta a capacitação e experiência do pro-

ponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados, bem como qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para os trabalhos.

As propostas serão apresentadas cada qual em envelopes distintos, correspondentes um à proposta técnica e outro à proposta de preços. Inicialmente abrir-se-ão os envelopes contendo as propostas técnicas, as quais serão avaliadas. As que não alcançarem o índice técnico mínimo preestabelecido, constante do ato convocatório, serão eliminadas e devolvidos *fechados* aos seus proponentes os envelopes das respectivas propostas de preços (também chamadas propostas comerciais), pois não poderão ser consideradas. As que obtiveram o aludido índice serão classificadas pela ordem de notas que obtiveram.

Resolvidos estes tópicos, que supõem (embora a lei neste passo não o diga) a abertura de prazos para interposição de recursos e apreciação deles, serão abertos os envelopes contendo as propostas de preço. A partir daí a Administração iniciará negociação com o autor da proposta técnica classificada em primeiro lugar para que este a rebaixe, tendo como referencial a menor proposta de preço ofertado. Se houver impasse na negociação, procederá da mesma forma, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação.

136. Nas licitações de *técnica e preço* (III), as quais são reguladas no § 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica.

Também seu procedimento obedece, no início, a tramitação igual à da licitação de melhor técnica. São, igualmente, apresentados dois envelopes, um para técnica e um para preço, abrindo-se antes o primeiro, em sessão pública. Procede-se à atribuição de notas e excluem-se as propostas que não hajam alcançado o índice de suficiência previsto no edital. Isto posto, vencido o prazo recursal e efetuada a apreciação dos recursos que acaso hajam sido interpostos, abrem-se, em sessão pública, os envelopes de preços, atribuindo-se-lhes a valoração consentânea com o estabelecido no instrumento convocatório. Em seguida procede-se à classificação de acordo com a média

ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preços, como dantes mencionado.

136-A. Nas licitações para alienação de bens ou concessão de direito real de uso reguladas no art. 17, o critério será o de maior lance ou oferta (IV), como ***retro*** foi dito.

Equanimidade de tratamento entre licitantes estrangeiros e nacionais

137. Nas licitações de que participe licitante estrangeiro, as propostas que façam serão acrescidas dos gravames resultantes dos mesmos tributos que onerem exclusivamente os licitantes nacionais quanto à operação final de venda, e, se àqueles for permitido que façam cotação em moeda estrangeira, igual direito caberá aos licitantes brasileiros (art. 42, §§ 4º e 3º, respectivamente).

Classificação de uma só proposta

138. Simetricamente às hipóteses de comparecimento de um único licitante ou de haver um único habilitado, se, por desclassificação das propostas, restar uma única em condições de ser admitida, o julgamento far-se-á normalmente.

Vícios da classificação

139. São muito variados, evidentemente, os vícios que podem ocorrer na fase de classificação. Resultam de desobediência às normas legais ou às regras do edital. Impossível pretender arrolá-los de maneira exaustiva. É útil, todavia, compendiar sumuladamente alguns dos possíveis vícios, resumindo certos pontos enfocados.

São vícios mais comuns ou mais temíveis:

I – classificar proposta de quem deveria ter sido inabilitado;

II – classificar proposta que deveria ter sido desclassificada em razão de um dos seguintes defeitos:

a) carente de *seriedade* por inexequível, o que pode ocorrer em razão de estar abaixo do valor mínimo estipulado no edital ou – mesmo à falta de mínimo estipulado – quando inviável o valor oferecido ou a técnica proposta, considerados de per si ou em suas relações recíprocas;

b) carente de *firmeza*, porque clausulada a evento ou circunstância não previstos no edital ou por irrogar à licitadora ou a terceiro, sob forma de observação, nota ou equivalentes, encargo ou comportamento alheios aos termos da convocação, quer a licitadora queira ou não desconhecer, mesmo com ulterior concordância do ofertante, a cláusula abusiva;

c) carente de *concreção*, porque reportada à proposta de terceiro, fazendo com que sejam indefiníveis, no instante de apresentação da oferta, o preço ou as características da proposta;

d) desajustada ao edital, por violação de suas cláusulas, inclusive por *omissão* no preenchimento de elementos por ele requeridos a bem da clareza, firmeza, certeza ou concreção da proposta, de maneira a ensejar diferentes suposições passíveis de se fazerem quanto ao conteúdo ou alcance do dado faltante que não constou da oferta, dela devendo constar;

e) haver-se admitido alteração da proposta a qualquer título, mesmo sob color de esclarecimentos adicionais oferecidos espontaneamente ou requeridos pela licitadora;

III – classificar proposta levando em conta vantagens adicionais não previstas no edital;

IV – classificar com base em critérios que: a) levem em conta fatores concernentes à qualificação subjetiva do proponente, que atinam, portanto, à fase de habilitação e não à de classificação; b) sejam vagos, imprecisos ou, por qualquer modo, deixem a decisão pendente de subjetivismo excessivo à comissão julgadora por falta ou insuficiência de parâmetros objetivos que especifiquem os padrões de análise dos ângulos técnicos ou dos demais fatores a serem apreciados;

V – classificar em desobediência aos critérios para este fim estatuídos no edital.

Efeito jurídico da classificação

140. A classificação tem o efeito jurídico de investir o primeiro colocado na situação de único proponente suscetível de, homologado o certame, receber a adjudicação do objeto licitado em vista do futuro contrato.

Esta situação jurídica pode ser perdida e transferida ao subsequentemente classificado se ocorrer evento ulterior inabilitante, se foi incorreta a classificação ou se o primeiro classificado recusar-se

a manter a proposta vencedora. Esta recusa é comportamento ilegítimo do proponente, que o assujeita a sanções administrativas e responsabilidade civil (art. 81), pois, depois de vencida a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo devido a fato superveniente (art. 43, § 6º). Sem embargo, não há como compeli-lo materialmente a sustentá-la.

XIII. Homologação e adjudicação

141. *Homologação* é ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todo os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas. Pelo contrário, se houve vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe a anulação.

À homologação segue-se a *adjudicação*, que é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame.

142. Já se referiu que os licitantes têm direito ao regular desenvolvimento do certame licitatório (art. 4º). Ver-se-á também (n. 150) que a licitação só pode ser revogada por razões de interesse público suscitadas por fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e bastante para justificar tal decisão (com ouvida e contraditório do interessado em opor-se a ela), conforme disposto no art. 49 e parágrafos.

Assim, é forçoso concluir que o participante da licitação tem direito a que o certame se desdobre em todas as suas fases, e o primeiro classificado a que elas se completem, culminando com o travamento do subsequente contrato, salvo se ocorreu alguma ilegalidade ensejadora de anulação ou se, como dito, razões de interesse público decorrentes de fato ulterior pertinente e suficiente justificarem a revogação do certame. Com efeito: o único sentido das restrições à revogação só pode ser o de garantir aos concorrentes a continuidade sequencial do certame e ao primeiro classificado o acesso ao contrato buscado.

XIV. Regras especiais para licitações com financiamento internacional e para compras de bens efetuadas no Exterior

143. Nas licitações cujo objeto seja financiado com recursos oriundos de financiamentos ou doação de agência oficial de cooperação es-

trangeira ou organismo multilateral de que o Brasil faça parte admitir-se-ão as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados aprovados pelo Congresso, bem como as normas e procedimentos das entidades financiadoras, quando condicionais à outorga do financiamento ou doação, inclusive quanto aos critérios de julgamento, desde que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, ratificado pela autoridade imediatamente superior (art. 42, § 5º).

XV. Recursos administrativos

144. O assunto é tratado no art. 109 da lei. Contra atos do procedimento licitatório cabe *recurso* administrativo ou, quando não previsto, cabe representação, sempre no prazo de cinco dias úteis, a partir da intimação do ato, mas nenhum prazo de recurso – salvo no caso de carta-convite, em que estes prazos são de dois dias úteis –, representação ou pedido de reconsideração se iniciará ou correrá sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado. A lei prevê recurso com efeito suspensivo contra habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas. Não atribui efeito suspensivo aos recursos contra anulação ou revogação da licitação, indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, alteração ou cancelamento dele, rescisão de contrato na hipótese do art. 79, I, e aplicação das penas de advertência, multa ou suspensão temporária. De todo modo, a Administração poderá, motivadamente, conceder-lhes tal efeito, por razões de interesse público.

145. A intimação dos atos far-se-á, como regra, mediante publicação na imprensa oficial, mas nos casos de habilitação, inabilitação e julgamento das propostas tal exigência fica dispensada, para fins de intimação com vistas a recurso, se presentes os prepostos dos licitantes, caso em que poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

Interpostos os recursos, deles serão comunicados os demais licitantes, que poderão impugná-los também no prazo de cinco dias úteis ou, se de convite se tratar, no prazo de dois dias úteis. Os recursos serão dirigidos à autoridade superior, por intermédio daquela que praticou o ato, a qual poderá reconsiderá-lo igualmente no prazo de cinco dias úteis ou elevar o recurso, devidamente informado, para que seja proferida decisão também no prazo de cinco dias úteis, sob pena de responsabilidade.

146. De acordo com o art. 110, na contagem dos prazos previstos na Lei 8.666 excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, considerando-se os dias consecutivos, salvo quando nela mesma houver explícita disposição em contrário. Além disto, os prazos só se iniciam e vencem em dia de expediente na repartição ou órgão.

XVI. O procedimento licitatório e suas consequências

147. A licitação é um procedimento administrativo, é dizer: uma sucessão itinerária e encadeada de atos sucessivos que, embora tenha cada um finalidade específica, tendem todos a um resultado final e conclusivo em função do qual se entrosam e harmonizam.

Os atos procedimentais visam a criar *um último ato unilateral*, que se inclui *dentro* do próprio procedimento, enquanto o procedimento licitatório, *como um todo*, visa a proporcionar o nascimento de um ato *bilateral*, externo ao procedimento, embora condicionado por ele: o contrato.[58]

148. A conclusão do procedimento licitatório é condição para que a entidade governamental possa contratar, desde que o faça com o ofertante da proposta vencedora. Se for preterido por terceiro, o contrato será nulo (art. 50) e o preterido terá direito ao contrato.

Licitação e direito ao subsequente contrato

149. Concluído o procedimento com sucesso, a Administração, em princípio, estará *obrigada a contratar*. Foi dito "com sucesso" porque todas as propostas podem ter sido desconformes com o edital ou insatisfatórias, caso em que deverão ser desclassificadas (art. 48), assim como pode ter ocorrido alguma invalidade em seu transcurso, hipótese na qual a licitação terá de ser anulada (art. 49).

Revogação da licitação

150. Foi dito "em princípio" porque, se ocorrer motivo *superveniente*, em razão do qual a Administração tenha justificativas de in-

58. Usamos no texto, aqui e em outras passagens, a expressão "contrato". Sem embargo, entendemos que em alguns casos o ato precedido pela licitação não é um contrato propriamente dito, mas um ato convencional, caso da concessão de serviço público. A licitação pode, ainda, preceder um ato unilateral. É o que sucede com as permissões de serviços públicos (v. art. 175 da Constituição).

teresse público bastantes para não contratar, poderá, mediante ato fundamentado, "revogar" a licitação, assegurados, previamente, o contraditório e ampla defesa do vencedor do certame, interessado em firmar solução contrária.

O entendimento exposto está arrimado no art. 49, dispositivo de extrema importância que, rompendo a tradição normativa anterior e a tendência doutrinária dantes prevalente, fixou orientação clara na matéria, ao estabelecer: "A autoridade competente para a aprovação do procedimento *somente* poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de *fato superveniente* devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, *mediante parecer escrito e fundamentado*". De seu turno, o § 3º implantou a exigência de ouvida do interessado, ao dispor: "No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa".

151. Entendemos que, com ou sem previsão legal, o *licitante vencedor cuja proposta haja sido satisfatória* terá, no caso de *revogação lícita*, direito a ser indenizado pelas despesas em que incorreu para disputar o certame. Com efeito, se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público, deixar de atuar com seriedade e honrar a firmeza da convocação que fez, ignorando os gastos em que incorreu aquele que venceu o certame apresentando oferta *satisfatória*.

Se a *revogação for ilicitamente efetuada* e, por qualquer razão, não mais existirem meios de assegurar a efetivação do contrato, aquele que teria direito a ele fará jus a uma indenização que acoberte, já agora, não apenas as despesas que efetuou para disputar o certame, mas também o que perdeu e deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito que lhe frustrou os proveitos que auferiria com o contrato.

Anulação da licitação

152. Nos termos do art. 49 da lei, a autoridade competente deve anular a licitação, de ofício ou por provocação de terceiros, se maculada de ilegalidade. Esta fulminação pressupõe parecer escrito e devidamente fundamentado. Além disso, a teor do § 3º, é obrigatório que se assegure, antes de tal decisão, o contraditório e a ampla defesa. Dispõe, ainda, a lei que a anulação do procedimento, isto é, sua

fulminação por ilegalidade, induz a nulidade do contrato com base nela efetuado (art. 49, § 2º).

Estabelece, também, que a anulação não gera para a Administração obrigação de indenizar, salvo no que respeita ao que já tenha sido executado pelo contratado até a data da fulminação e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que o vício invalidador não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (art. 49, § 1º, c/c art. 59, parágrafo único). É óbvio, todavia, que o art. 37, § 6º, da Constituição enseja responsabilização ainda com maior amplitude.

Com efeito, o texto constitucional em causa estatui que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, sem estabelecer qualquer disceptação entre danos oriundos de atos ilícitos e danos provenientes de atos lícitos. Assim, uns e outros, indiferentemente, terão de ser acobertados pelo Estado sempre que este produzir agravo lesivo à incolumidade patrimonial (ou moral) dos administrados, atingindo-lhes a esfera juridicamente protegida (v. Capítulo XX).

Segue-se que, se a Administração ou o Judiciário invalidam um edital de licitação ou o próprio certame já em andamento *antes de conhecido quem deveria ser seu vencedor*, todos os que afluíram à disputa e, destarte, foram compelidos a despesas para dela participarem fazem jus a indenização pelos dispêndios incorridos se *atuaram de boa-fé e em nada concorreram para o vício invalidante*. Ou seja: não importa minimamente que a invalidação seja, em si mesma, um ato legítimo destinado a fulminar o precedente ato ilegítimo.

Nisto, ainda que com menor largueza (dada a ressalva que fazemos quanto ao momento da invalidação), passamos a aderir ao ponto de vista de Weida Zancaner reiteradamente expressado, embora sem êxito, em pareceres proferidos no bojo de processos analisados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Deveras, estamos em que, se a invalidação ocorrer *depois de identificado quem seria seu vencedor* na conformidade dos termos estabelecidos, a indenização acobertará tão somente a este e, se for o caso, também aqueloutro que teria obtido vitória não fora pelo vício reconhecido e proclamado pelo promotor do certame.

As soluções apontadas levam em conta, de um lado, o inafastável princípio da responsabilidade do Estado e, de outro, a circuns-

tância de que disputantes não afetados pelo vício invalidante, se não fossem vencedores, incorreriam de todo modo nas despesas efetuadas, sem receber por elas qualquer compensação. Por isto, a menos que o vício determinante da invalidação haja interferido de maneira a causar para algum participante um risco anômalo radicado no ato viciado, não lhe assistirá pleitear ressarcimento de despesas que de qualquer sorte restariam desacobertadas.

Conforme deixamos anotado no capítulo próprio (Capítulo VII, n. 174), ao proceder à invalidação a Administração estará, *ipso facto*, proclamando em abertas e publicadas que, em momento anterior, afrontou o Direito. Seria absurdo que o violador do Direito, justamente ao se autoacusar ou ao se reconhecer procedentemente acusado de transgressor do Direito – condição para invalidação do ato –, lançasse sobre ombros alheios gravames patrimoniais decorrentes de ato seu. Já, se a invalidação é decretada pelo Judiciário, a inculca de infrator da ordem jurídica ainda é mais significativa, pois terá provindo do Poder supremamente qualificado para a dicção do Direito no caso concreto.

Acresce que, dada a presunção de legitimidade dos atos administrativos, os administrados que atuaram em sua conformidade nada mais fizeram senão arrimar-se em um esteio pressupostamente sério e sólido. Seria descabido, então, que sofressem prejuízos exatamente por agirem segundo o que deles se esperava.

Não se diga, em desfavor das soluções indicadas, que elas expõem o Poder Público (como de fato o expõem) a responder amplamente em hipóteses de invalidação de editais ou certames licitatórios já em tramitação. Em primeiro lugar, se é esta a orientação decorrente do Texto Constitucional, de nada valeriam embargos opostos por razões, aliás inaceitáveis, de suposta conveniência. Em segundo lugar, os efeitos que daí decorreriam, antes que nocivos, seriam extremamente benéficos. É que obrigariam a Administração a agir com seriedade, ao invés de promover ou conduzir certames licitatórios de maneira irresponsável ou fraudulentamente, como o faz com alarmante frequência. O dever de indenizar, em tais casos, operaria como importante advertência. É certo, contudo, que este efeito positivo só operaria na devida extensão se a responsabilização estatal implicasse também – como obrigatoriamente resulta do Direito Positivo – a dos agentes públicos responsáveis pelo vício invalidante do edital ou do certame, salvo tratando-se de falha escusável, isto é, limpa de culpa ou dolo.

Ressalte-se, encarecidamente, que as soluções indicadas, como se deixou de início averbado, têm aplicação se os licitantes estavam de boa-fé e não concorreram para o vício propiciatório da invalidação.

XVII. Crimes

153. A Lei 8.666 capitula como crimes diversos procedimentos infringentes da correção no cumprimento das obrigações previstas em relação à licitação (arts. 89-91 e 93-98). As penas variam, conforme o crime, entre seis meses de detenção a seis anos e incluem sempre multa, que nunca será inferior a 2% nem superior a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Em certas figuras típicas o sujeito ativo do crime é o agente do Poder Público, em algumas será ele ou o licitante, e em outras ambos assujeitam-se à mesma pena.

XVIII. Licitação e mandado de segurança

154. O mandado de segurança é, frequentemente, a única via hábil capaz de salvaguardar os direitos postulados por um licitante. Isto porque sua pretensão jurídica surge no curso de um procedimento que está em fluência e cujo seguimento necessita deter.

155. A Lei 12.016, de 7.8.2009, que regula o mandado de segurança, prevê no art. 7º, III, a possibilidade de suspender-se o ato impugnado no próprio início da lide. A medida cabe quando forem relevantes os fundamentos do pedido e a falta de suspensão do ato possa resultar na ineficácia da segurança, se a final concedida.

156. Algumas vezes, após concessão desta providência cautelar, a Administração tem conseguido obter sua revogação com base nos seguintes argumentos capciosos e sofísticos.

Alega, em face da importância e do custo do objeto licitado, que está em causa um interesse público que não pode ser detido por um interesse particular. Aduz, ainda, que não haverá lesão irreparável ao impetrante porque os prejuízos que sofra podem resolver-se em perdas e danos, caso a final seja concedida a segurança.

157. Chega a ser surpreendente que estas alegações possam merecer acolhida judicial. Em primeiro lugar, é absurdo falar-se em interesse público à margem da lei. Por definição, o que não aparece como legal é um malefício, e não um interesse público.

Em segundo lugar, menos ainda procede o dizer que a possibilidade de composição em perdas e danos afasta a irreparabilidade da lesão. De logo, vale observar que o art. 7º da Lei 12.016, ao prever a liminar, não fala em lesão irreparável, mas na ineficácia da segurança se a final concedida. Além do mais, irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado, e não seu sucedâneo econômico, pois a possibilidade de reparação patrimonial existe sempre que se viola qualquer direito.

Capítulo X

O CONTRATO ADMINISTRATIVO

I. Introdução. II. O contrato administrativo no Direito francês. III. O contrato administrativo na doutrina brasileira. IV. Conceito de contrato administrativo. V. Características do chamado "contrato administrativo". VI. O contrato administrativo no Direito Positivo brasileiro. VII. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. VIII. A cláusula "rebus sic stantibus". IX. A teoria da imprevisão. X. As cláusulas de reajustes de preços. XI. Os reajustes e os índices oficiais. XII. Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos ou "inexistentes". XIII. Os quase contratos e o enriquecimento sem causa. XIV. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). XV. Convênios e consórcios.

I. Introdução

1. Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

Seus traços nucleares residem na *consensualidade* para formação do vínculo e na *autoridade* de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes.[1]

2. Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar "contratos".

1. Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "O contrato de Direito Público ou administrativo", in *RDA* 88/25.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

a) contratos de Direito Privado da Administração;

b) "contratos administrativos".

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

3. Uns e outros estão *parificados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas *pelo Direito Administrativo*;[2] do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

4. Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos suprarreferidos –, os "contratos administrativos" assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Peculiaridades do contrato administrativo

5. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração *instabilizar* o vínculo, seja:

a) *alterando* unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;

b) *extinguindo* unilateralmente o vínculo.

2. A pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe da competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades que precederão o contrato, quais a autorização para contratar, a exigência da licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo. Os contratos da Administração no Direito brasileiro, sejam administrativos ou não, são examinados quanto à sua legalidade pelo Tribunal de Contas, que, em caso de inobservância das normas a que estavam adstritos, pode solicitar ao Congresso Nacional determine sua sustação (art. 71 da Carta Constitucional).

Ambas as formas de instabilização constituem um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte.

6. Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas "contratuais" concebidas como "exorbitantes". Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria – quando existentes – como deduzidas dos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer: ou se reputam *implícitas*, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente *explícitas* na lei ou em cláusula expressa do contrato.

7. De conseguinte, as *prerrogativas* da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua "exorbitância" ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.

É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o "contrato" à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontradiça na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação "administrativo" aposta à palavra "contrato" parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.

II. O contrato administrativo no Direito francês

8. Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do "contrato administrativo",[3] fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado. No Direito brasileiro os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem – em sua maioria e já há muitos anos – senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria.

3. O principal teórico na matéria foi Gaston Jèze (*Principes Généraux du Droit Administratif*, ts. III, IV, V e VI). Modernamente, a obra mais saliente é de André de Laubadère (*Traité Théorique et Pratique des Contracts Administratifs*, 3 vols.). É também largamente difundido o estudo de Péquignot (*Théorie Générale du Contract Administratif*).

9. O Conselho de Estado da França teve diante de si, fundamentalmente, dois problemas para solucionar, a saber:

a) quais os poderes ou sujeições inerentes ao "contrato administrativo", ou seja, qual seu "regime";

b) quando se deve reputar administrativo um contrato, e, portanto, submisso a este regime.

10. Com relação ao primeiro aspecto, não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do "contrato administrativo" giram em torno da *supremacia* de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de *instabilizar* a relação, segundo os termos já apontados, quanto na *autoridade* do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela *presunção de legitimidade de seus atos*, pelo amplo *controle e fiscalização* da execução do contrato, pela possibilidade de *impor sanções* ao contratante privado. Além disto, a supremacia do interesse público incompatibiliza-se, *muitas vezes*, com a possibilidade de o contratante privado invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), donde não se lhe reconhecer tal direito.

Estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que as particularidades de cada qual especificam-se, ademais, nas cláusulas "exorbitantes" que porventura contenham.

11. Com relação ao segundo aspecto – o de saber-se quando tal ou qual contrato é administrativo –, firmou-se o entendimento de que teria este caráter o contrato firmado pela Administração que atendesse a um dentre estes três requisitos:

a) receber tal qualificação por lei;

b) ter por objeto a própria *execução de um serviço público*;

c) conter cláusulas "exorbitantes".[4]

4. Estes são, conforme se depreende da doutrina francesa, os requisitos para que um contrato seja administrativo. Os autores não discrepam quanto a isto, embora nem sempre apresentem a enunciação nos termos singelos em que o fizemos, acolhendo a fórmula exposta por Vedel (*Droit Administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, pp. 614 a 616). Consultem-se ainda, a respeito, Waline (*Droit Administratif*, 9ª ed., Sirey, pp. 565 e ss.), Rivero (*Droit Administratif*, 3ª ed., Dalloz, 1965, pp. 100 a 102) e Laubadère (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., vol. I, LGDJ, 1963, pp. 282 a 287).

12. Restaria saber o que é cláusula exorbitante. Os mesmos franceses, debruçando-se afadigadamente sobre as decisões do Conselho de Estado de seu país, concluem que, de acordo com elas, a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula.[5]

III. O contrato administrativo na doutrina brasileira

13. A doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito francês.

Quanto a nós, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[6] – que tratou do assunto com mestria insuplantável –, entendemos que esta rotulação "contrato administrativo" tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos.

14. Com efeito, sob tal nome estão radicalizadas situações jurídicas muito distintas, a saber:

a) contratos em que os poderes reconhecíveis ao Poder Público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe

5. Diz Waline:

"A jurisprudência, que emprega frequentemente a expressão 'cláusula exorbitante' ou 'derrogatória de Direito Comum' e que lhe atribui consequências tão importantes, infelizmente não a define. Há, na doutrina, duas concepções muito diferentes a respeito de uma tal cláusula: para Vedel é toda cláusula incomum nos contratos de Direito Privado.

"Parecia-me que não se poderia extrair uma qualificação jurídica de um simples caráter inabitual e eu havia proposto o critério, que me parecia mais jurídico, da impossibilidade de inscrever tal cláusula em um contrato de Direito Privado sem infringir a 'ordem pública'. E efetivamente pode-se citar neste sentido algumas decisões jurisdicionais (Paris, 12 de março D., 1959, Somm. 85).

"Parece-me, todavia, mais exato dizer que a cláusula exorbitante é aquela que não se encontra normalmente no contrato de Direito Privado, seja porque nele seria nula por contrária à ordem pública, *seja ainda porque foi inserida no contrato pela autoridade administrativa em função de preocupações de interesse público que são estranhas às pessoas de Direito Privado quando contratam entre si*" (ob. cit., p. 572, n. 963).

6. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 670 e ss.; "O contrato de Direito Público ou administrativo", *RDA* 88/15 e ss., e *Da Licitação*, José Bushatsky, 1978, pp. 21-27.

poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam;

b) "contratos" em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as *concessões de serviço público* ou de utilização do domínio público. Parece-nos, todavia, que nestas hipóteses há instabilidade justamente porque o objeto da relação jurídica serve para identificá-la mas *não é suscetível de um contrato propriamente dito* e por isso não pode estratificar-se por obra da conjugação da vontade da Administração e do particular.

15. Em suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele.[7]

16. Daí que os poderes reconhecidos à Administração nestes "contratos administrativos" parece-nos que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de "contratos".

17. Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos "contratos administrativos" em geral – e não apenas a esta espécie ora cogitada –, que neles se contêm cláusulas "regulamentares" (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam *não integram o contrato*. É dizer, não são contratuais, pois *não podem ser objeto de avença*. Estão à mar-

7. Não seria possível que o interesse público ficasse vergado ao interesse particular. Daí o sem-sentido de recorrer-se à teoria do contrato em certos casos.

gem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.

18. De todo modo, o certo é que não se pode impedir que a doutrina absolutamente majoritária no Brasil resolva designar sob o nome "contratos administrativos" esta variedade de relações tão díspares[8] (v. Capítulo XII, nota de rodapé 14).

As palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.

19. Com estas ressalvas passemos a examinar os chamados "contratos administrativos", isto é, as relações convencionais que por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica situem a Administração em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse administrativo.

IV. Conceito de contrato administrativo

20. À vista das considerações precedentemente feitas, pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de

8. O próprio Texto Constitucional, no art. 175, parágrafo único, refere-se aos "contratos" de concessão de serviço público.

avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

21. Os principais contratos administrativos seriam o de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso do domínio público a eles se acrescendo os contratos de fornecimentos em geral e os de prestação de serviços – como indica Hely Lopes Meirelles.[9]

22. Estes tipos de avença entre entidade pública e terceiro, consoante opinião prevalente dos doutos, apresentam originalidade em relação às congêneres do Direito Privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito.

Caio Tácito, em expressão muito feliz, apostilou: "A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público".[10]

23. Exatamente por isso, a relação em causa governa-se por princípios específicos – de Direito Administrativo – e se submete a regras da mesma espécie.

Tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público.

24. Os princípios aludidos afinam-se, portanto, com a posição característica da Administração, que é de indeclinável compromisso com um interesse cujo atendimento não pode ser postergado. Sua defesa postula, a um só tempo, a existência de assinalados poderes

9. *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed., Malheiros Editores, 2010, pp. 362 e ss.

10. *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, p. 292.

inculcados à Administração e restrições que lhe cerceiam, o quanto possível, eventuais extravios de sua conduta.

V. Características do chamado "contrato administrativo"

25. Em decorrência dos poderes que lhe assistem, a Administração fica autorizada – respeitado o objeto do contrato – a determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar continuamente a execução dele, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato *sponte propria* se o interesse público o demandar.

Estes pontos trazidos à baila ressaltam peculiaridades do chamado contrato administrativo, mas longe estão de retraçar a inteireza de seu perfil, pois atinam para uma face do problema, apenas. Vale dizer: revelam tão só os ângulos especificadores correlacionados com a posição do contratante público. O chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes, como ao diante melhor se dirá. Se assim fora, como é curial, jamais o Poder Público encontraria quem com ele travasse tais avenças. Foi, de resto, o que salientou Francis-Paul Bénoît: "Não é por isso que se deva menosprezar o interesse do particular contratante. Aliás, se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a Administração não encontraria contratantes".[11]

Vem a talho trazer à colação comento do precitado Caio Tácito quando alude a um traço imprescindível do contrato administrativo, consistente no resguardo dos interesses do contratante, designado, a cotio, direito ao equilíbrio econômico-financeiro: "Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo – que tem outras implicações, como adiante indicado – preserva a sua natureza *comutativa* (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações)".[12]

26. A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de "exorbitantes", quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se

11. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 588.
12. Ob. cit., p. 293.

designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja.

Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.

Neste lanço, calha à fiveleta o seguinte autorizado escólio da lavra de Jean Rivero: "Esta desigualdade fundamental tem um limite do lado financeiro: o contratante, neste terreno, *se beneficia de garantias que o Direito Privado ignora* e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela Administração, de suas prerrogativas, uma remuneração conforme às previsões iniciais".[13]

No mesmo sentido é o comento de Bénoît advertindo contra o equívoco de se supor que as prerrogativas da Administração implicam inculcar ao contraente particular uma posição desfavorável em relação aos contratos privados. Faz notar que, bem ao contrário, sob o ângulo das garantias de ordem financeira pode resultar o oposto. Daí sua lição, que vem a preceito: "O regime de contrato de Direito Público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos particulares contratantes com a Administração do que o é o regime do contrato de Direito Privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse do particular: a jurisprudência sobre imprevisão ilustra este fato de maneira marcante".[14]

13. *Droit Administratif*, 3ª ed., Dalloz, 1965, p. 108.
14. Ob. e p. cits.

A lógica do contrato administrativo

27. Em suma, a figura jurídica designada por contrato administrativo esforça-se na seguinte dualidade: de um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que estes entendem com sua execução e persistência. De outro lado, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos. Por isso está protegido às completas, assim na parte econômica que nas cláusulas porventura não interferentes com o interesse público a ser satisfeito por meio da avença travada entre ele e a Administração.

Diga-se, de passagem, que é, aliás, fora de qualquer dúvida ou entredúvida que o Poder Público não se pode livrar de ressarcir integralmente o contraente dos agravos econômicos oriundos de fato seu, por ocasião do contrato, mesmo quando exercita seu direito de alterá-lo unilateralmente ou de extingui-lo antes do prazo estipulado.

28. Não é difícil entender a lógica do instituto *sub examine*. Há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados. As traças concebidas pela lei e pelos estudiosos mais apontados resumem-se a consagrar estes escopos, ambos prezáveis e ambos confortados na ordenação positiva.

Daí que se defere a cada qual o que busca no negócio jurídico. Nem faria sentido conceder-lhes ou mais ou menos que o necessário à satisfação dos fins perseguidos.

Por isso mesmo não há fugir à conclusão de que ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado.

VI. O contrato administrativo no Direito Positivo brasileiro

29. Em nosso Direito, compete à União "expedir normas gerais sobre contratação, em todas as modalidades, para as Administra-

ções Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III", como dispõe o art. 22, XXVII, do Texto Constitucional. Estados e Municípios legislarão para si, respeitadas estas normas gerais.

Ditas normas gerais, assim como a legislação específica da União, estão consubstanciadas na Lei 8.666/1993, com as alterações introduzidas sobretudo pela Lei 8.883, de 8.6.1994. No Estado de São Paulo a matéria é, ainda, regulada pela Lei 6.544, de 22.11.1989, mas é claro que terá de ajustar-se às normas gerais mencionadas e, desde logo, sofre o influxo de suas disposições. Já no Município de São Paulo foi editada a pertinente Lei 13.278, de 7.1.2002.

Em todas elas estão traduzidas as noções até aqui expostas sobre contrato administrativo. Isto é, preveem o conjunto de prerrogativas em prol da Administração, dantes mencionadas e que são exercitáveis *nos limites e termos da lei*, a saber: a) de modificá-lo, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, mas com variações de quantitativos e preços cifrados ao disposto na lei; b) extingui-lo, unilateralmente, nos casos especificados em lei; c) fiscalizar-lhe a execução; e d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. É o que didaticamente enunciam os arts. 58 da Lei 8.666 e 53 da lei paulista.

Cumpre anotar que existem inúmeras disposições visando a assegurar situação de vantagem para os produtos manufaturados nacionais e para os serviços nacionais.

De outro lado, completando o que há de nuclear no regime do contrato administrativo, a Lei 8.666 refere a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, nos arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, e 65, II, "d", §§ 5º e 6º, podendo ser referido ainda, por ter igual finalidade, o art. 40, XI e XIV, "a" e "c".

Aliás, a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada *nem mesmo por lei*. É que resulta de *dispositivo constitucional*, o art. 37, XXI, pois, de acordo com seus termos, obras, serviços, compras e alienações serão contratados *com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*.

É evidente que, para serem mantidas as efetivas condições das propostas (constantes da oferta vencedora do certame licitatório que

precede o contrato), a Administração terá de manter íntegra a equação econômico-financeira inicial. Ficará, pois, defendida tanto contra os ônus que o contratado sofra em decorrência de alterações unilaterais, ou comportamentos faltosos da Administração, quanto contra elevações de preços que tornem mais onerosas as prestações a que esteja obrigado, como, ainda, contra o desgaste do poder aquisitivo da moeda provocado por inflação, em todos os contratos que se perlongam no tempo.

De outra parte, o equilíbrio econômico-financeiro está abrigado, ainda, por outro dispositivo constitucional: o art. 5º, XXXVI, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". A equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo.

Alteração unilateral do contrato

30. O poder de alteração *unilateral* tem sua compostura e extensão qualificadas na lei. Assim, é cabível "quando houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos" ou "quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto" (art. 65, I, da Lei 8.666/1993), acréscimos ou supressões, estes, *que, na conformidade do § 2º do mesmo artigo, não podem exceder de 25%* (vinte e cinco por cento) do valor inicial do contrato no caso de *obras, serviços ou compras*, e *de 50%* (cinquenta por cento) *no caso de acréscimo em reformas de edifícios ou equipamentos* (§ 1º do art. 65). Deve-se entender por valor inicial do contrato seu valor substancial, ou seja, com a correção monetária cabível.

Note-se que a vedação contida no § 2º do art. 65 da Lei 8.666 – a de exceder os 25 ou 50% – está reportada tão somente à alteração unilateral a que se remete *a letra "b" do inciso I* ("quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei", os quais estão fixados no § 1º). Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra "a" ("modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos").

De fato, o § 2º do art. 65 (que declara inaceitáveis quaisquer acréscimos ou supressões excedentes dos limites fixados) remete ex-

pressamente ao parágrafo anterior. Ora, neste, ou seja, no § 1º, está estabelecido que o contratado fica obrigado a aceitar *acréscimos* ou *supressões* que se fizerem nas obras, serviços ou compras até 25% ou, no caso de reforma, 50%. Portanto, ambos os parágrafos (1º e 2º) estão reportados a "acréscimo" ou "diminuição": expressões idênticas ou equivalentes às utilizadas na letra "b" do art. 65, I ("acréscimo ou diminuição"), que é o que trata de *alteração de quantitativos*. Demais disto, é também nesta letra "b" – *e unicamente nela* – que se faz referência a "nos limites permitidos por esta lei" – expressão que *inexiste* na letra "a" (que trata de "modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos"). Esta inclusão dos limites em uma e exclusão em outra não pode ser desconsiderada.

Isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu "sentido", a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.

Alteração bilateral do contrato

31. Alterações contratuais *também são efetuáveis bilateralmente*, isto é, por acordo das partes nos casos previstos no art. 65, II, da Lei 8.666/1993. Cogita de modificação do regime de execução ou modo de fornecimento para melhor adequação técnica, modificação de forma de pagamento, por imposições de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial, para substituir a garantia de execução ou para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial afetado por fatos imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, ou, ainda, no caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe (para este conceito v. Capítulo XII, n. 63 e nota de rodapé 37).

Não se consideram alteração a "variação do valor contratual para fazer face ao reajuste previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações

orçamentárias suplementares até o limite do valor corrigido". Podem ser registradas por simples apostila, dispensando celebração de aditamento (art. 65, § 8º).

A lei prevê (§ 2º do art. 65) que, por mútuo acordo, admitir-se-ão supressões nas obras, compras ou serviços excedentes dos limites dantes referidos (25% ou, no caso de reforma, 50%); não, porém, acréscimos.

Parece-nos, entretanto, que a dicção legal, conquanto muitíssimo salutar, não deve ser recebida de modo extremado. É que, por mútuo acordo, segundo entendemos, poderia caber modificação excedente dos limites previstos no § 1º do art. 65 caso ocorra alguma situação anômala, excepcionalíssima, que a justifique, ou, então, em face das chamadas "sujeições imprevistas"; isto é: quando dificuldades naturais insuspeitadas se antepõem à realização da obra ou serviço, exigindo tal acréscimo. Seria o caso, *e.g.*, de o perfil geológico revelar-se diferente daquele constante dos dados oferecidos pela Administração ou descoberta de um lençol freático insuspeitado.

Extinção do contrato: generalidades e a extinção unilateral

32. O contrato tanto pode se extinguir pela conclusão de seu objeto quanto pela conclusão do prazo previsto para sua duração.

Dentre as classificações dos contratos administrativos, uma de significativa importância é a que os divide em contratos de escopo e contratos de atividade continuada, também nomináveis como contratos por prazo de execução. Os primeiros têm em vista *a conclusão de um dado objeto* – obra, como a construção de um viaduto, ou mesmo, mais raramente, um específico serviço concebido como unidade, tal a tradução de um livro. Os segundos pressupõem uma atividade continuada demarcada pelo prazo, como o contrato para que alguém forneça alimentação para presídio durante um ano.

É claro que todo contrato administrativo tem um prazo de vigência. Este, pela Lei 8.666, conforme o art. 57, é, como regra geral, o da vigência dos respectivos créditos orçamentários. A diferença aludida, portanto, não é, de modo algum, a existência ou não de prazo, mas o fato de que em um tipo o que se pretende é um objeto concluído. Assim, neste caso, o contrato se extingue com sua conclusão. Se o objeto não for concluído no prazo, não há exaustão do propósito contratual, daí a necessidade de sua prorrogação (com ou sem sanção para o contratado, dependendo da hipótese) ou, então,

realização de nova licitação para conclusão do objeto. Aliás, a própria lei prevê a prorrogação do contrato nos casos especificados no § 1º do art. 57.

Em rigor, o lógico, nos contratos por escopo, será entender-se que sua prorrogação é de rigor, para que venha a ser concluído, salvo se o contratado não tiver condições objetivas para terminá-lo satisfatoriamente, ou se não tiver condição subjetiva para isto, isto é, se lhe faltar idoneidade para tanto. Com efeito, estando o objeto contratual por ser terminado, se não houver prorrogação dele para alcançar o escopo que lhe determinou o surgimento, a Administração teria de realizar nova licitação, com evidente retardamento de sua execução, o que seria prejudicial ao interesse público, além de causar, como é óbvio, um inevitável encarecimento de seu custo, acarretando, portanto, um injustificável prejuízo para o Erário.

A *rescisão unilateral do contrato* – pela Administração, como é evidente –, tal como a modificação unilateral, também só pode ocorrer nos casos previstos em lei (cf. art. 58, II, c/c arts. 78 e 79, I) e deverá ser motivada e precedida de ampla defesa (art. 78, parágrafo único). Fundamentalmente, duas são as hipóteses que a ensejam: a) razões de interesse público obviamente fundadas e justificadas, sem falta do contratado, caso em que este fará jus a indenização pelos prejuízos comprovados que houver sofrido (§ 2º do art. 79 da Lei 8.666/1993); e b) por falta do contratado, nas hipóteses a que se reportam os artigos mencionados, acarretando, ainda, se o motivo houver sido o descumprimento de cláusulas contratuais, a imediata assunção do objeto, ocupação e utilização do local, instalações e equipamentos materiais e humanos necessários à continuidade da execução do contrato (a serem depois devolvidos com o cabível ressarcimento), execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e dos valores de multas e indenizações cabíveis e, finalmente, retenção dos créditos do contratado até o limite dos prejuízos que haja causado à Administração (art. 80 da Lei 8.666).

Outras hipóteses de extinção

33. Fora dos casos de rescisão unilateral, esta poderá ocorrer por mútuo acordo ou por via judicial, a requerimento de qualquer das partes, como preveem o art. 79 e incisos II e III. Além disto, embora a lei não o diga, um contrato administrativo também pode ser extinto pela própria Administração, se esta verificar que a relação, ao

ser constituída, o foi invalidamente. Neste caso, o princípio da legalidade imporá sua *invalidação* (anulação ou constituição de nulidade), se não couber convalidação – analogamente ao que ocorreria com os casos de convalidação de ato unilateral (Capítulo VII, ns. 161-168). A invalidação do ato, é bem de ver – e tal como sucederia com os atos unilaterais –, terá que ser precedida de processo regular e ampla defesa (Capítulo VII, n. 148). De resto, menos não se admitiria, pois, como visto, a rescisão unilateral demanda motivação e ampla defesa.

A "exceptio non adimpleti contractus"

34. Cabe referir aqui um tópico importante. Costumava-se afirmar que a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimplet contractus*) não é invocável pelo contratado nos contratos administrativos. Tal assertiva (que, ao nosso ver, dantes já era inexata) hoje não mais poderia ser feita, pois o art. 78, XV, expressamente estabelece que, se a Administração atrasar por mais de 90 dias os pagamentos devidos em decorrência de obras, serviços, fornecimentos ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações, até a normalização destes pagamentos, ou então obter a rescisão do contrato. Assim também o inciso XIV – sempre com a ressalva das situações excepcionais aludidas – autoriza-o, no caso de suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias, ou por repetidas suspensões que totalizem o mesmo tempo, a suspender o cumprimento de suas obrigações ou a obter rescisão do contrato.

Prazo e prorrogação dos contratos

35. A questão da duração dos contratos está regulada no art. 57 e parágrafos da Lei 8.666, ou seja: um ano, como regra geral.

É vedado o contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado. Sua duração ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, pois nestes é que está a previsão dos recursos necessários para custeá-los. Aliás, a própria Constituição estabelece, no art. 167, § 1º, que "nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia

inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade". Assim, no caso de contratos que envolvessem investimentos, já existiria o bloqueio resultante do dispositivo constitucional.

A lei ressalva as seguintes hipóteses:

I – a dos projetos previstos em Plano Plurianual, pois nele vai suposto o futuro comprometimento de recursos. Assim, em tal caso, o contrato poderá ter prazo correspondente ao das provisões supostas;

II – a da prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais, em vista da obtenção de preços e condições mais vantajosas, podem ser prorrogados até o prazo-limite de 60 (sessenta) meses.

Há de se entender, desde que o edital o preveja. Em tal caso, como observou Marçal Justen Filho: "A lei presume, de um lado, a inevitabilidade da disponibilidade de recursos para pagá-los", visto que não costumam montar a valores que afetem as disponibilidades orçamentárias. Em princípio, diz o referido jurista, qualquer que seja a distribuição de verbas no orçamento seguinte, certamente existirão recursos para pagá-los.[15] Dito prazo de 60 meses poderá, em caráter excepcional, ser prorrogado em até mais 12 meses, ante devida justificação e autorização do hierarca superior (cf. § 4º do art. 57);

III – a do aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática, cuja duração pode ser fixada para até 48 meses. A possibilidade de se estenderem além da previsão orçamentária justifica-se pelas mesmas razões da hipótese precedente;

IV – a das previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 meses, caso haja interesse da administração, ou seja: a) quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; b) para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

15. Ob. cit., p. 333.

c) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; e d) nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei 10.973, de 2.12.2004 (que "dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo"), observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

Há, demais disto, contratos que não implicam comprometimento de recursos orçamentários, como as concessões de obra ou serviço público. Nestes não concorrem as razões que impuseram a regra geral de limitação da duração à disponibilidade de créditos orçamentários. Assim, não sofrem a limitação apontada. Demais disto, seus prazos terão de ser necessariamente longos para a amortização do capital, o que também foi ressaltado pelo monografista referido.[16]

36. Os prazos de início, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, que há de ser sempre justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente, mantida a equação econômico-financeira, perante certas hipóteses nas quais é efetuável independentemente do edital ou do contrato haverem-na previsto. São elas: alteração do projeto ou especificações pela Administração; superveniência de fato imprevisível que altere profundamente suas condições de execução; interrupção ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem da Administração; aumento dos quantitativos inicialmente previstos; impedimento da execução provocado por evento de terceiro; reconhecimento contemporaneamente pela Administração e omissão ou atraso de providências a cargo desta (§ 1º do art. 57).

Formalidades do contrato administrativo

37. Os contratos administrativos e, também, no que couber, os predominantemente regidos pelo Direito Privado (art. 62, § 3º) obedecem, necessariamente, a formalidades para seu travamento (arts. 60 e ss.). Desde logo, têm que ser precedidos de licitação, salvo nos casos de inexigibilidade e dispensa, já referidos no capítulo anterior. Além disto, deles terão de constar obrigatoriamente determinadas cláusulas, como, por exemplo, as concernentes ao seu regime de execução, a reajustamentos, às condições de pagamento e sua atualiza-

16. Ob. cit., p. 334.

ção, aos prazos de início, execução, conclusão, entrega e recebimento definitivo do objeto, as relativas a seu valor e recursos para atendimento das despesas, às responsabilidades, penalidades, valor das multas, casos de rescisão etc. O art. 55 da lei indica quais serão elas.

A Administração poderá, no caso de compras, obras ou serviços, exigir que a contraparte preste garantia, a qual será, *a critério do contratado*, uma dentre as seguintes: a) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; ou b) seguro-garantia; ou c) fiança bancária – as quais, todavia, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato (art. 56, §§ 1º e 2º), salvo na hipótese de "obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis", em que tal percentual pode ser elevado a até 10%, conforme § 3º do art. 56.

Estes contratos, salvo quando tenham por objeto direito real sobre imóveis, lavram-se nas próprias repartições interessadas, que devem manter arquivo cronológico de seus autógrafos e registro sistemático. Não se admitem contratos verbais, salvo o que importe pequenas despesas de pronto pagamento (art. 60 e parágrafo único).

Eficácia dos contratos administrativos

38. A Lei 8.666, em seu art. 61, parágrafo único, estabelece ser *condição de eficácia* dos contratos administrativos a publicação resumida do instrumento, assim como de seus aditamentos, no *Diário Oficial*, o que terá de ocorrer em prazo não excedente de 20 dias contados da data da assinatura. A qualquer interessado é assegurado o direito de obter cópia autenticada deles, pagando os correspondentes emolumentos (art. 63).

Os pagamentos devidos ao contratado; correção monetária; reajuste e recomposição de preços no Direito Positivo (imprevisão, fato do príncipe e sujeições imprevistas)

39. Na conformidade do art. 40 da Lei 8.666, inciso XIV, os próprios editais de licitação deverão estabelecer condições de pagamento do contratado. Assim, nos termos de sua letra "a", menciona-

-se "prazo de pagamento não superior a 30 dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela". Disto se depreende que a fixação de prazo mais longo só poderá ser aceita em caráter excepcional, justificada por circunstâncias peculiares do contrato, e, ademais, haverá de ser *expressamente prevista*.

Quando esteja em pauta pagamento decorrente de despesa cujo montante não ultrapasse o limite de dispensa de licitação estabelecido no art. 24, II, o prazo para efetuá-lo será de até cinco dias úteis, a teor do art. 5º, § 3º, da Lei 8.666, de 21.6.1993.

Deve-se realçar, de outra parte, que todos os pagamentos relativos ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços deverão obedecer, "para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes razões de relevante interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada", conforme dispõe o *caput* do art. 5º.

Ainda em tema de pagamentos, cumpre mencionar que nos contratos resultantes de licitações internacionais em que seja permitido ao licitante nacional cotar o preço em moeda estrangeira, por ter sido facultado ao licitante estrangeiro assim fazê-lo, o pagamento contratual feito a contratado brasileiro efetuar-se-á em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento (art. 42, § 2º), sendo certo, outrossim, que as garantias de pagamento que lhe caberão haverão de ser equivalentes às que hajam sido ofertadas ao licitante estrangeiro (art. 42, § 3º).

40. O *atraso de pagamento* por parte do Poder Público sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante *correção monetária*, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 5º, § 1º). Tal correção incidirá, conforme previsto no art. 7º, § 7º, "desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento". Outrossim, a mesma obrigação é prevista quer no art. 40 – disciplinador das cláusulas obrigatórias do edital –, em seu inciso XIV, letra "c" ("desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento"), quer no art. 55 – atinente às cláusulas obrigatórias do contrato administrativo –, cujo inciso III refere também "os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".

Averbe-se que correção monetária é a simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão somente passa a ser expresso por números diferentes. Assim: o nú-

mero tal expressa na data "B" a mesma grandeza que o número qual expressava na data "A". A grandeza representada é constante, o número que a representa é que varia. Ou seja, na data "A", a uma dada prestação (x) corresponde uma expressão em moeda y, a qual, para persistir exprimindo este mesmo valor, na data "B", deveria alterar-se. Pode-se figurar a situação da seguinte maneira. Na data "A" x = y; na data "B" x = y'; pois y em "A" é o mesmo que y' em "B". Como sua justificativa óbvia é impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido e, correlatamente, impedir que o inadimplente se enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora, o cabimento dela, em tal caso, independeria de previsão do edital ou do contrato. Deveras, no contrato administrativo o que se convenciona manter em integridade são os valores a serem pagos no instante do vencimento do débito. Assim, mesmo protraída sua solução, nos casos de atraso do devedor, nem por isso diminui o débito real. Vale dizer: o desgaste da moeda não tem por que lhe jogar em favor, que isto significaria, além de violação ao inafastável equilíbrio econômico-financeiro ajustado no contrato, (a) um prêmio ao violador do direito alheio, conquanto seja certo que ninguém se credencia a um tratamento mais benéfico por ser refratário à satisfação de um débito, e (b) um estímulo ao devedor para que continue recalcitrante e persista violando pelo maior tempo possível o direito alheio, pois quanto mais tardasse em satisfazê-lo menos pagaria em termos reais. Ora, é evidente que o Direito não estimula sua própria violação. É claríssimo, pois, que enquanto existirem índices que oficialmente retratem o desgaste da moeda não há como fugir à correção monetária no caso de pagamentos em atraso e nenhum plano econômico pode afetar este direito do credor (inobstante as múltiplas tentativas feitas para frustrá-lo, desvirtuá-lo ou elidi-lo). Hoje, com a moeda quase estável, a importância da correção monetária diminuiu consideravelmente, só apresentando relevo notável no caso de pendências e débitos ainda insolutos, relativos a períodos de inflação elevada.

41. Uma vez que o atraso de pagamentos é uma *violação contratual*, não basta a correção monetária para ressarcimento do credor. Este faz jus, ainda, à indenização de quaisquer prejuízos que haja sofrido em decorrência do pagamento a destempo (embora corrigido), a começar por juros de mora ou eventualmente compensatórios, bem como por despesas que haja sido obrigado a fazer para *dar continuidade ao contrato* durante o período em que teve de prover ao necessário para cumprir suas prestações mesmo sem o rece-

bimento dos valores que, se lhe tivessem sido pagos, serviriam para acobertá-las. É o caso de *empréstimos* que haja contraído para tal fim. É óbvio, todavia, que só está sendo feita referência a empréstimos destinados a suportar as prestações que o contratado estava *obrigado a efetuar*, seja por motivos de segurança da obra, seja porque compreendidas dentro do período em que ainda não tinha o direito de interromper suas prestações, nos termos do art. 78, XV, da lei, atinente à chamada *exceptio non adimpleti contractus* (comentada no n. 34).

Cumpre anotar que os juros de mora, de acordo com o art. 406 do Código Civil, quando "não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". Assim, os juros a que se fez alusão *supra* se determinam segundo o critério indicado. O STJ, em 8.9.2008, por sua Corte Especial, e por unanimidade, nos Embargos de Divergência no REsp 727.842-SP, decidiu que a taxa dos juros moratórios, atualmente, é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia/SELIC.

42. Pode-se dar o caso, ainda, de o contratado fazer jus a pagamentos decorrentes de *reajustes* ou de *recomposições de preços*, estas últimas às vezes denominadas de *revisões de preços*. São figuras distintas entre si e completamente diversas da correção monetária.

O *reajuste*, do qual se trata mais detidamente em tópico próprio (n. 66), embora consista, tal como a correção monetária, em fórmula adrede concebida para preservar o conteúdo econômico-financeiro do ajuste de modo fluido, simples e pacífico, tem compostura e objeto completamente diferentes dela. O que se pretende com ele, como seu próprio nome indica, é alterar o valor a ser pago em função da *variação de valor que determinava a composição do preço*. Expliquemo-nos.

Como a equação estabelecida entre as partes é uma relação de equivalência entre prestações recíprocas, fica entendido que ao custo de uma prestação (x) – que se compõe dos encargos econômicos por ela implicados e a margem de lucro remuneratório ali embutida – correspondem os pagamentos (y) que a acobertam. Esta relação de igualdade ideal, convencionada, deve ser mantida. Assim, se os custos dos insumos necessários à prestação (x) sofrem elevações constantes – como é rotineiro entre nós –, os pagamentos (y) têm de incrementar-se na mesma proporção, sem o quê a igualdade denominada "equação econômico-financeira" deixa de existir; decompõe-se.

É este efeito injusto que a todo transe procura-se evitar. Daí as cláusulas de *reajuste*, as quais preveem, como o próprio nome indica, um ajuste automático do valor dos pagamentos à variação do preço dos insumos. Este ajuste se faz de acordo com a fórmula ou o sistema preestabelecido, atrelados a índices do custo dos insumos publicados com base em dados oficiais ou por instituições de alta credibilidade, como os da Fundação Getúlio Vargas. Trata-se, como se vê, de mecanismo pelo qual se busca manter incólume, intacta, a igualdade que as partes convencionaram ao travarem o contrato.

Com efeito, para que prestações se equivalham, isto é, para que se mantenham obedientes ao equilíbrio inicial, é preciso que à variação de uma corresponda variação proporcional da outra. Deveras, é de evidência solar que se um dos termos for modificado pelo acréscimo de um peso maior, advindo do crescimento do preço dos insumos (fato irresistível para o contratado), sem que, em contrapartida, a outra parte incremente a retribuição, o equilíbrio pactuado se rompe e as prestações a que se obrigou o primeiro tornam-se-lhe gravosas, antieconômicas, podendo assumir até mesmo caráter ruinoso – conforme o vulto do contrato ou o peso, na composição de preços, do componente de custo incrementado. Pense-se, por exemplo, em eventual alta do custo da mão de obra em um contrato de serviços de limpeza ou de serviços de segurança, ou em uma elevação do custo do combustível em um contrato de transporte coletivo de passageiros, ou a elevação do valor do cimento em um contrato de obras.

Assim, ao contrário da correção monetária, em que o valor devido permanece constante, alterando-se apenas a quantidade de moeda que expressa o mesmo valor, no reajuste, em consideração ao fato de que se *alterou o próprio custo da prestação ajustada*, aumenta-se o valor do pagamento. Donde – em contraposição à correção monetária – no reajuste com base nos insumos o valor da prestação se modifica, modificando-se também o valor do pagamento, para que haja entre ambos uma correlação precisa. Logo, na correção monetária, x (valor da prestação) é invariável e y (quantidade de moeda para pagamento) é variável; no reajuste, x é variável e y também o é, sendo que à variação de x corresponderá equivalente variação de y. Pode-se comparar os dois tipos de situação assim: correção monetária: na data "A", $x = y$. Na data "B", $x = y'$, ao passo que, no reajuste de preços: na data "A", $x = y$. Na data "B", $x = x + a$ e $y = y + a$. Por serem coisas distintas e com finalidades diversas, correção monetária e reajuste podem coexistir, isto é, não são reciprocamente excludentes.

A Lei 8.666, atualizada pela Lei 8.883, no art. 40, ao mencionar o que deve constar obrigatoriamente do edital, refere, no inciso XI, o "critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, *desde a data prevista para apresentação da proposta* ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento da parcela". Uma vez que a lei fala que o reajuste deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, bem se vê que não se aceitam expedientes que o distorçam, assunto melhor examinado mais adiante (n. 68).

43. Já a *recomposição de preços*, por vezes nominada como revisão de preços, tem lugar naqueles casos em que a mantença do equilíbrio econômico-financeiro não pode ser efetuada ou eficazmente efetuada pelos reajustes, pois trata-se de considerar situações novas insuscetíveis de serem por estes corretamente solucionáveis.

Deveras, nem sempre o reajustamento ensejaria atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira. Bem o disse Hely Lopes Meirelles: "Em outras palavras, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, pela simples aplicação do critério de reajustamento contratual, é preciso que a execução do contrato seja *normal*, vale dizer, que não se desfigure em razão de ocorrências discrepantes do previsto e pactuado pelas partes, em desfavor do particular contratante. (...). Daí resulta que a ocorrência de fatos gravosos, não imputáveis ao particular contratante, que alterem a relação *encargo-remuneração* originalmente estabelecida pelas partes, a tal ponto que não possa ser restabelecida pela simples aplicação do critério de reajustamento pactuado, autoriza a *recomposição dos preços contratuais*, para adequá-los à nova situação e propiciar a restauração do *equilíbrio econômico-financeiro* do contrato. Isto porque, consoante já nos foi dado dizer: 'O reajustamento contratual de preços não se confunde nem impede a revisão do contrato e a recomposição extraordinária de preços, quando a Administração altera o projeto ou as condições de sua execução, ou ocorrem fatos novos e excepcionais que agravam os encargos do particular contratante'".[17]

O mesmo reputado jurista esclarece, em seguida e de modo cabal, a distinção entre reajuste e recomposição de preços, indicando,

17. "Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo", *RDA* 139/16 (os destaques são do autor).

antes, os fatores que ensancham e justificam a utilização da segunda modalidade, fazendo-o em termos que dispensam qualquer outra consideração, motivo pelo qual basta cifrarmo-nos à cabível transcrição de suas palavras: "E, de nossa parte, já advertimos que: 'É obrigatória a *revisão* do contrato quando as *alterações do projeto ou do cronograma de sua execução*, impostas pela Administração, *aumentam os custos ou agravam os encargos* do particular contratante, ou quando *atos gerais do Governo ou dificuldades materiais específicas* passam a *onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato*, desequilibrando a equação econômico-financeira estabelecida inicialmente entre as partes. Destarte, a *recomposição de preços* não se confunde de modo algum com o *reajustamento contratual de preços*, pois este surge do consenso inicial das partes, para *manter* o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante sua execução *normal*, ao passo que aquela, a *recomposição*, destina-se a restaurar esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretam modificação *anormal* na situação fática existente na época da celebração do ajuste. A *recomposição de preços*, assim, independe de previsão no contrato de um critério de *reajustamento* de preços e torna-se devida no momento em que este deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação financeira do ajuste, em razão de atos e fatos inimputáveis ao particular contratante'".[18]

44. Como se vê, diversos fatores podem justificar a aplicação da recomposição de preços, que, de um modo geral, caberá sempre que se trate de restaurar um equilíbrio econômico-financeiro *insuscetível de ser eficazmente solúvel pelos reajustes*. Aí se incluem não apenas as hipóteses em que a Administração, a teor do art. 65, I, "a", modifica unilateralmente o "projeto ou suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos" ou quando, por acordo das partes, conforme previsto no art. 65, II, "b", promove-se a "modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários", mas também em quaisquer outras nas quais não haveria como corrigir as distorções recorrendo simplesmente aos reajustes contratuais, o que muitas vezes ocorrerá ante os fenômenos compreendidos no âmbito da chamada *teoria da*

18. Ob. e loc. cits., p. 18 (os destaque são do autor).

imprevisão, da denominada *teoria do fato do príncipe* e das *sujeições imprevistas*.

Diga-se, de modo breve, que, de acordo com a teoria da *imprevisão*, o contratado faz jus à plena restauração do equilíbrio contratual caso ocorra superveniência de eventos imprevistos de *ordem econômica* ou que surtem efeitos de *natureza econômica*, alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato. A matéria está mais amplamente tratada nos ns. 58 a 65. A teoria do *fato do príncipe* afirma este mesmo direito do contratado nos casos em que o Poder Público, no *uso de prerrogativas alheias à sua qualidade de contratante*, adota medidas que desbalanceiam o equilíbrio contratual originalmente estipulado. O assunto é mencionado com maior largueza no capítulo sobre Concessão e Permissão de Serviços Públicos (n. 63 e respectivas notas de rodapé). *Sujeições imprevistas* (já mencionadas no n. 31) são circunstâncias materiais, isto é, de fato, que dificultam ou oneram a realização de uma obra contratada, as quais, ainda que preexistentes, eram desconhecidas ou, ao menos, se conhecidas, não foram dadas a conhecer ao contratado ou o foram erroneamente, quando do estabelecimento das condições determinantes do contrato e de sua equação econômico-financeira.

Registre-se que a lei contempla uma hipótese em que expressamente se reporta à "revisão de preços". É a prevista no art. 65, § 5º, ao estabelecer que: "Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes *para mais ou para menos*, conforme o caso".

De toda sorte, a hipótese de recomposição de preços está genericamente compreendida, entre outras formas de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na disposição ampla do art. 65, II, "d", atinente à alteração do contrato por acordo das partes. De acordo com este preceptivo, a alteração poderá dar-se "para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso

fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual". Os conceitos de "álea administrativa", "álea econômica", "álea ordinária" e "extraordinária" estão desenvolvidos mais adiante, ao se tratar das concessões e permissões de serviço público (Capítulo XII, ns. 62 e ss.).

45. Anote-se, por último, ainda no que concerne à questão de pagamentos, que o art. 40, XIV, além das cláusulas dantes mencionadas, refere as relativas ao "cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros" (letra "b"), às "compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento" (letra "d"), e "exigência de seguros, quando for o caso" (letra "e").

Sanções administrativas e penais
por ocasião dos contratos administrativos

46. A lei prevê sanções pela prática de comportamentos configuráveis como infrações administrativas (arts. 86 a 88), assim como prevê, também, aflições penais tanto para o agente público como para o contratado que incorram em certos comportamentos lesivos ao interesse público por ocasião dos contratos administrativos (arts. 89, parágrafo único, 90, 91, 92 e parágrafo único, 96 e 99).

Assim, o contratado que injustificadamente atrasar-se na execução de contrato assujeita-se a ser multado pela Administração, na forma e termos previstos no instrumento convocatório ou no contrato (art. 86).

Demais disso, a teor do art. 87, a inexecução total ou parcial do contrato o expõe, garantida sempre a prévia defesa, a sofrer as sanções administrativas de (a) advertência; (b) multa, nos termos do instrumento convocatório; (c) suspensão temporária de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e (d) declaração de inidoneidade para contratar ou licitar enquanto perdurarem os motivos que a determinaram ou até sua reabilitação, que será concedida sempre que ressarcir a Administração pelos prejuízos que lhe haja causado e tenham transcorrido dois anos da aplicação da sanção.

Temos por certo que tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade, como já o dissemos no capítu-

lo anterior (n. 83), só podem ser aplicadas no caso dos atos tipificados na lei como crimes, pois não se admitiria seu cabimento em outras hipóteses sem que exista prévia descrição legal de outros casos de seu cabimento.

47. Certos comportamentos agressivos ao interesse público praticados em relação a contratos administrativos são qualificados como crime. Na lei estão tipificadas hipóteses de contrato efetuado sem licitação, fora das hipóteses legais permissivas; travamento de contrato como resultado de fraude, ajuste ou procedimento gravoso à competitividade que teria de presidi-lo; prorrogação contratual fora das hipóteses admissíveis; fraude, em prejuízo da Fazenda, como fruto de licitação ou contrato, consistente em elevação arbitrária de preços ou venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada; entrega de uma mercadoria por outra; alteração da substância, quantidade ou qualidade da mercadoria devida ou, de qualquer modo, tornar, injustamente, mais oneroso o contrato.

As penas estabelecidas são a de detenção, que varia de três meses a seis anos, conforme a figura delituosa, e multa nunca inferior a 2% nem superior a 5% do valor do contrato. A lei prevê que qualquer pessoa poderá provocar o Ministério Público para propositura da competente ação penal (art. 101), admitindo-se, se este não a intentar no prazo legal, ação penal privada subsidiária (art. 103). O procedimento da ação penal é extremamente célere e está regulado nos arts. 104 e ss.

VII. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo

48. Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a *relação de igualdade* formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto têm os autores encarecido este aspecto. Apostilas deste teor podem ser colhidas aos racimos.

Para comprovar não é preciso mais que tirar a lume algumas passagens encontradiças nos doutores de maior suposição, como, aliás, o seriam também em estudiosos de menor fôlego, posto que nisto acordam todos na mais prazível das harmonias.

Haja vista:

"As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Mas, além disto, o elemento de associação já assinalado se manifesta neste ponto com uma força particular: é o princípio do equilíbrio financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativas da Administração".[19]

"Assim, o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada."[20]

"O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público."[21]

"O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação."[22]

49. Quer-se sublinhar, ao cabo desta rememoração de noções cediças, que a índole deste tipo de relações entre Administração e particular assenta no respeito mútuo de interesses. Pretende-se encarecer que se trata de vínculo – segundo doutrina dominante na atualidade – no qual o chamado contratante privado é havido como um *colaborador da Administração*, de tal sorte que: "tende a prevalecer

19. Rivero, ob. cit., p. 111.

20. Waline, *Droit Administratif*, 1963, p. 618.

21. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 15ª ed., Malheiros Editores, 2010, p. 267.

22. Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, 1977, pp. 255-256.

a ideia de que o interesse do Estado é de assegurar uma remuneração normal (e não mais o menor lucro possível) a seu contratante, que vai ser associado, não como um executante sem iniciativa, mas como um colaborador ao qual tais iniciativas, pelo contrário, são pedidas em favor de uma tarefa de interesse público".[23]

50. Demais disso, cai a lanço observar que a posição jurídica da Administração, em suas múltiplas relações públicas, difere substancialmente da posição dos particulares quanto aos objetivos que podem animá-los. Ao contrário destes últimos, o Poder Público não tem móvel de lucro, de ganho, de especulação. Seu móvel é apenas e tão somente a utilidade pública.

Acresce que a forma pela qual a Administração se abastece dos recursos necessários a seus vários cometimentos reside, basicamente, no manuseio dos instrumentos tributários. Sua posição sobranceira lhe dispensa a procura do lucro e a utilização de expedientes urdidos na disputa comercial diuturna travada na arena dos negócios particulares. Nem seria razoável que, dispondo das vias de autoridade pública para sacar os meios financeiros de que carece, pretendesse, além disso, servir-se dos meios que remanescem aos simples particulares para obtenção de ganhos. Menos ainda se poderia admitir quadrasse à Administração forjar traças para a busca de proveito meramente patrimonial à custa de seus contratantes.

51. Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte.

Para tanto, o que importa, obviamente, não é a "aparência" de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado.

23. Waline, ob. cit., p. 585.

O âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o Direito Positivo brasileiro

52. A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro é ampla e se manifesta com respeito às seguintes diferentes situações:

a) Agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no *uso de seu poder de alteração unilateral do contrato*, isto é, impostas ao contratante privado para ajustar suas prestações a cambiantes exigências do interesse público. A noção de equilíbrio ou equação financeira do contrato defende-o às completas contra a gravosidade destas modificações. Georges Vedel sintetiza bem esta situação, ao registrar que: "A Administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, em um prato da balança, estão ao encargo de seu contratante, mas deve logo colocar no outro prato as compensações pecuniárias correspondentes".[24]

Não estão em causa aqui, como diz o autor citado, "perdas e danos que seriam devidos em razão de uma falta contratual consistente na inadimplência de suas obrigações. Trata-se de uma indenização fundada sobre a necessidade de conservar o balanço das cargas e vantagens, tal como foi encarado pelos contratantes".[25]

O art. 65, § 6º, da lei expressamente prevê que, "em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".

De resto, no art. 58, § 2º, já estava registrada a mesma obrigação, até porque, a não ser assim, ficaria ferido o disposto no § 1º do mesmo artigo, segundo o qual as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não podem ser modificadas sem prévia concordância do contratado.

b) Agravos econômicos resultantes de *medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual*, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado "fato do príncipe", tomada a expressão com o âmbito específico a que se reporta Francis-Paul Bénoît, ao dizer: "Convém entender por 'fato do príncipe' os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão so-

24. *Droit Administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, p. 639.
25. Ob. cit., p. 631.

bre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante".[26]

O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, *e.g.*, da decisão oficial de alterar o salário-mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo dos serviços de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister.

É certo que este agravo patrimonial não libera, como diz Bénoît, o contratado de executar as obrigações avençadas com o Poder Público, mas investe-o no direito de obter reparação integral do prejuízo sofrido em decorrência do fato que lhe agravou os encargos.[27]

Dita hipótese também está expressamente acobertada na lei, a teor do art. 65, II, "d", precitado.

O *fato do príncipe* não se confunde com aquilo que alguns autores denominam de "fato da Administração", exemplificando com hipóteses em que o Poder Público não libera na ocasião devida o local da obra ou serviço, não providencia as desapropriações necessárias ou atrasa demasiadamente os pagamentos. Do *fato da Administração* nos ocupamos logo adiante.

c) Agravos econômicos sofridos *em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes* e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. É a "teoria da imprevisão", por via da qual, modernamente, se retoma o vetusto princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira. Com efeito, o mencionado art. 65, II, "d", também menciona expressamente dita hipótese como abrangida nos casos ensejadores de restabelecimento do equilíbrio inicial.

d) Agravos econômicos *provenientes das chamadas "sujeições imprevistas"*. Vedel as definiu como "dificuldades de ordem mate-

26. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 639.
27. Ob. cit., p. 641.

Faculdade 7 de Setembro FA7

rial que as partes não podiam prever e que fazem pesar uma carga grave e anormal para o empreendedor (p. ex., encontro de um lençol d'água insuspeitado na escavação de um túnel)".[28]

Em tal caso, o contratante tem direito à indenização total pelo prejuízo, exatamente por se tratar de encargo suplementar que altera a economia do contrato e que não estava suposto na avença travada.

As "sujeições imprevistas" têm seu domínio de aplicação, por excelência, nos contratos de obras públicas. E, como esclarece Bénoît, diferem da hipótese específica da teoria da imprevisão em que, nesta última, o que altera o equilíbrio contratual são "circunstâncias, incidentes econômicos", ao passo que nas sujeições especiais o contratante choca-se com "fatos materiais, incidentes técnicos".[29]

A dicção ampla do sempre referido art. 65, II, "d", conforta igualmente esta hipótese de restauração da equação inicialmente estipulada.

e) Agravos econômicos *resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual.*

Ao compor-se consensualmente com um particular contratante, a Administração, assim como adquire direitos, também assume obrigações. Estas, portanto, corresponderão a direitos do contratante, que não podem ser desconhecidos ou amesquinhados. É de solar evidência que jamais o Poder Público encontraria alguém disposto a contratar se ficasse ao alvedrio do Estado cumprir ou não o que se estipulou no acordo.

Assim, em relação à violação das obrigações contratuais, é evidente que o contratante governamental não estará a exercer direito algum quando desatende a obrigações assumidas na avença. Pelo contrário: assim procedendo, agride direito alheio, rompe o compromisso assegurado e afeta o equilíbrio econômico ajustado. Não haveria supor que o Estado ou suas entidades auxiliares, quando se revelem refratários a atender a direito da contraparte, estejam a exercitar alguma prerrogativa própria ou que desfrutem de posição jurídica especial mitigadora da incorreção de suas condutas. Antes, é de esperar que tais sujeitos, mais que quaisquer outros, se revelem expeditos na obediência ao Direito e às obrigações que hajam contraído. O desacato a regras jurídicas não será menos injurídico se provier da Administração.

28. Ob. cit., p. 634.
29. Ob. cit., p. 626.

Georges Péquignot, autor clássico no tema "contrato administrativo", observa que o interesse público que a Administração tem neste tipo de avença diz com as conveniências da obra ou do serviço. Quanto aos interesses meramente patrimoniais compostos nestas relações, os do contratante e do contratado (nominados por ele de interesses financeiros), afirma, procedentemente, que são da mesma natureza, idênticos e de igual respeitabilidade.[30] Daí haver concluído, mais além, que: "Toda inadimplência, toda violação, constituem uma falta da Administração. Não há razão alguma para não aplicar a toda esta parte do contrato as regras estabelecidas no Direito Privado".[31]

Aliás, a própria Lei 8.666, atualizada pela Lei 8.883, em seu art. 54, estabelece que os contratos administrativos por ela regidos "regulam-se por suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de Direito Privado". A regra geral no Direito brasileiro, em tema de inexecução de obrigações, é a que consta do art. 389 do novo Código Civil – Lei 10.406, de 10.1.2002 – (que corresponde ao antigo 1.056 do Código Civil de 1916), cujos termos são os seguintes: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado".

53. A conduta transgressora do contrato é que configura o que alguns autores denominam como "fato da Administração", exemplificando – como dito – com retardamentos de pagamento, não liberação tempestiva do início das obras, omissão em efetuar as desapropriações que condicionam a realização delas etc. Todos estes são exemplos apresentados por Hely Lopes Meirelles e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que os traz à colação citando aquele autor. Ambos, todavia, a nosso ver, conceituam o "fato da Administração" de maneira que não nos parece de aceitar.

O primeiro ilustre autor diz que: "*Fato da Administração* é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede a sua execução".[32] A segunda, eminente jurista, primeiramente recorre à lição de Escola,

30. *Théorie Générale du Contract Administratif*, Paris, A. Pédone, 1945, p. 433.

31. Ob. cit., p. 443.

32. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 245.

dizendo que o *fato da Administração* deve ser entendido como "toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato", e ao depois aponta como mais completa a formulação de Hely, supratranscrita.[33]

Divergimos destas conceituações por uma dupla razão. De um lado, elas dizem menos que o indispensável e, de outro, dizem mais do que seria cabível. Assim, ao deixar de referir que o *fato da Administração* é comportamento irregular, violador do contrato, omitem justamente o que dá identidade à figura e serve para apartá-la com clareza do *fato do príncipe* (ainda que ambos se distingam também por ser o fato do príncipe um comportamento alheio à posição contratual do Poder Público, ao passo que o fato da Administração eclode com o Poder Público se comportando na qualidade de contratante). De outro lado, referem uma característica que não é indispensável para caracterizar-se o fato da Administração – qual seja, a de retardar ou impedir a execução do contrato. Se os atrasos de pagamento se constituem em fatos da Administração, conforme o exemplário apresentado, então, o fato da Administração não necessariamente impede ou retarda a execução contratual, pois muitas vezes do atraso do pagamento não advém atraso no cumprimento do contrato por parte do contratado.

Reputamos preferível conceituar o *fato da Administração* como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, *viola os direitos do contratado* e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado.

54. As consequências dos aludidos *fatos da Administração* são tratadas na Lei 8.666/1993. Assim, o retardamento de pagamentos dá margem à indenização do contratado – pois, a teor do art. 66: "O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, *respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial*". Se, por força do atraso, houver impedimento ou retardamento na execução, haverá prorrogação do contrato, como estabelecido no art. 57, § 1º, VI. Além disto, consoante dispõe o art. 78, XV (já dantes mencionado: n. 34), o atraso superior a 90 dias, salvo no caso de calamidade pública, dá ao contratado o direito de suspender o cumprimento de suas obrigações até a normalização do pagamento, ou de pedir a rescisão do contrato.

33. *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 263.

A omissão de providências das quais advenha retardamento na execução do contrato – e não apenas, como é óbvio, a que resulte do atraso de pagamentos – implica, de acordo com o estatuído no art. 79, § 5º, automática prorrogação do cronograma de execução dele, pelo tempo correspondente. Além disto, dá margem a que o contratado – se o desejar – obtenha rescisão do contrato, conforme previsto no art. 78, XVI, e seja indenizado pelos prejuízos que houver sofrido, como estabelece o art. 79, § 2º.

O contrato administrativo e o dever de boa-fé

55. Gordillo, o eminente Mestre platino, a sabendas, averbou: "Se dice así que los contractos administrativos son esencialmente de *buena fe*, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista".[34]

Em suma: a tipologia do chamado contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas. Delas procede que, pela via designada contratual, o Poder Público pode se orientar unicamente para a satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo. O particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas. Dês que as atenda como deve, incumbe ao Poder Público respeitar às completas a equação econômico-financeira avençada, a ser entendida com significado real e não apenas nominal. Descabe à Administração menosprezar este direito. Não lhe assiste, por intuitos meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro.

56. De outra parte – impende ressaltar –, ao contratante privado é defeso pretender evadir-se, seja por que meios for, ao completo, regular e fiel cumprimento das obrigações assumidas. E entre elas – é bem de ver – incluem-se os encargos suplementares que lhe sejam irrogados pela Administração, aí compreendidas as alterações contratuais resultantes de imposição unilateral do contraente público – desde que respeitado o objeto da avença. A contrapartida delas é a

34. *Derecho Administrativo de la Economía*, Ediciones Macchi, 1967, p. 340.

restauração do equilíbrio econômico-financeiro; porém, mais que isto nada pode ser postulado pelo contratante privado.

Não lhe quadra eximir-se, em abertas ou a esconsas, da integral submissão aos genéricos deveres de correto e leal cumprimento dos encargos à sua compita e das específicas obrigações que lhe hajam sido inculcados, assim no momento da formação do vínculo que em ocasiões ulteriores compreendidas no percurso da dilação contratual. Não vai demasia alguma em recordar que o ato constitutivo do liame entre as partes traz consigo submissão do contraente particular não apenas ao especificamente ajustado naquele instante, mas acarreta assujeitamento às subsequentes imposições que venham a ser feitas pelo Poder Público quanto às prestações e à fiscalização de seu integral cumprimento.

57. Demais disso, o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração. Nesta categoria se compreendem tanto a execução com materiais inferiores aos supostos na avença quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez ou da qualidade da obra ou serviço, como, ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro convencionado.

Quaisquer destes procedimentos prefiguram falta contratual sancionável, a ser devidamente apurada e reconhecida, sempre que revelem dissonância com os deveres de lisura e boa-fé norteadores deste tipo de relação jurídica.

O que preside os contratos em geral e o chamado contrato administrativo em particular é o reverencial respeito à intenção das partes, absorvida em sua verdadeira substância, tal como surdiu no momento do ajuste. Daí que o equilíbrio concertado nesta ocasião é sobreposse relevante.

VIII. A cláusula "rebus sic stantibus"

58. Como é de todos sabido, a ideia de que as obrigações contratuais devem ser entendidas em função das circunstâncias ao lume das quais se travou o ajuste longe está de ser construção moderna. Pelo contrário, sua origem remonta às lições do Direito romano.

Entre muitos estudos ao respeito, merece salientado o despretensioso mas notável resumo da lavra do pranteado Lúcio Bittencourt, o qual, em comento inserto na *RDA*,[35] conseguiu, com pena de ouro, fazer síntese lapidar da evolução da chamada cláusula *rebus sic stantibus* ao longo dos tempos.

59. Registra o reputado administrativista que em Sêneca e Cícero, nas Decretais de Graciano, nas obras de Juan de Andréa e Bartolomeu de Brescia, já se encontrava a enunciação do princípio. Este ganhou com os bartolistas enunciação definitiva nos seguintes termos: "contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futura *rebus sic stantibus intelliguntur*".

Tal cláusula foi, mesmo, expressamente acolhida em alguns Códigos de origem germânica, consoante apostila de Caio Tácito,[36] tais o *Codex Maximilianus Bavarius Civilis*, de 1756, o Código prussiano e o austríaco. De acordo com ela, as obrigações contratuais hão de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em consequência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos, e não em vista de situação e efeitos totalmente diversos, surdidos à margem do comportamento dos contraentes.

A cláusula *rebus sic stantibus* viveu seu fastígio nos séculos XIV, XV e XVI e, sem embargo de persistir invocada mais além, entrou de declinar em seguida, sendo, por assim dizer, praticamente sepulta pela influência do Código napoleônico. Com este retomou-se a concepção, também romanista e típica, da imutabilidade do contrato, entendido segundo a frieza literal do *pacta sunt servanda*.

IX. A teoria da imprevisão

60. O advento da primeira Guerra Mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes de "teoria da imprevisão". Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o contrato ruinoso para

35. Vol. II, fasc. II, pp. 812 e ss.
36. Ob. cit., p. 297.

uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado.

A instabilidade, a mutação profunda das condições econômicas, em antítese com o momento histórico precedente, não mais se compatibilizaram com o rigor formalístico prestigiado na concepção napoleônica. Com efeito, a ideia de imutabilidade do pactuado só é convivente com períodos de grande estabilidade. Fora daí, longe de servir à disciplina de relações sociais – como pretende o Direito –, só pode gerar empeço ao eficiente desenvolvimento delas.

Não é de surpreender, então, que, na própria França, em famoso aresto do Conselho de Estado (*Gaz de Bordeaux*, 1916), fosse proclamada a impossibilidade de um concessionário arcar com a totalidade dos prejuízos decorrentes de imprevisível alta de preços que tornara as tarifas insuficientes. Aliás, conforme advertência de Waline, as premissas da "teoria da imprevisão" e suas consequências já haviam sido aplicadas em arestos precedentes e a própria voz "imprevisão" fora dantes invocada, em 1905, no aresto "Ville de Paris". O aresto "Labeye", de 1911, segundo o mesmo autor, concede indenização "nada obstante todas as cláusulas em contrário".[37]

61. A teoria da imprevisão ganhou tomo e obteve larga aceitação assim na jurisprudência que na doutrina, tanto alhures como no Brasil. Supunha-se, quando de sua aplicação inicial na França, tratar-se de remédio heroico, terapia provisória a ser aplicada sobre situação efêmera, marcada pela transitoriedade. Daí, certamente, a fisionomia altanto restritiva com que se apresentou naquele país, pois partilhava entre os contraentes os prejuízos advindos das altas imprevistas, na pressuposição de que se estava a enfrentar algo como uma crise, um fenômeno circunstancial, a ser logo superado. Ledo engano. A estabilidade dos tempos transactos foi superada em todo o mundo, como se acabou por reconhecer *urbi et orbi*.

Entre nós, acórdão de mão e sobremão do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal ressaltou este ponto e fez admirável síntese dos fundamentos da teoria e de seu alcance, tendo em ponto um contrato de construção. Observou que, na atualidade, "(...) o risco que os contraentes assumem no contrato não pode ser concebido como excedendo o risco normal, isto é, o que se compreende nos limites da previsão humana. Levar mais longe o dogma da intangibilidade do contrato seria, sob o pretexto de garantir a liberdade con-

37. Ob. cit., p. 622.

tratual, destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral, como instrumento de comércio e de cooperação entre os homens, o elemento de boa-fé e de justiça sem o qual a liberdade dos contratos seria apenas uma aparência destinada a legitimar o locupletamento injusto de uma parte à custa do patrimônio da outra, sobre esta recaindo de modo exclusivo os riscos estranhos à natureza do contrato e que, se previsíveis na ocasião de atar-se o vínculo contratual, teriam impedido a sua formação. Os pressupostos que determinaram as partes a se obrigarem deixaram de existir e, se imprevisíveis as circunstâncias que de modo tão grave frustraram a justificada expectativa dos contraentes, seria, evidentemente, injusto manter a economia do contrato contra a intenção e a fé em que ele foi ajustado e concluído. Nas épocas, porém, como a nossa, de grandes cataclismas políticos que surpreendem pela sua amplitude e a sua gravidade ainda aos homens colocados nas torres de comando, e forçam os governos em todos os países às mais drásticas medidas de emergência, seria sumamente injustificável que no domínio do comércio jurídico e da liberdade contratual, que se fundam precisamente no pressuposto da continuidade da ordem estabelecida, se deixasse ao egoísmo individual o *poder, dissimulado em direito, de aproveitar-se das circunstâncias imprevistas e anormais para transformar um instrumento de equilíbrio econômico, como é o contrato, em instrumento de extorsão ou de enriquecimento injusto*. Daí o haver a teoria da imprevisão nos contratos passado somente de poucos anos a esta parte a ser considerada como da mais alta importância prática".[38]

62. Para a aplicação da teoria, entendia-se necessária a ocorrência de três requisitos, a saber: a) que o prejuízo resultasse de evento alheio ao comportamento das partes, ou, no caso da Administração, estranho à sua posição jurídica de contratante; b) que o evento determinante do prejuízo fosse não apenas imprevisto, mas também imprevisível; c) que o prejuízo resultante para o onerado fosse significativo, isto é, gravemente convulsionador da economia do contrato.

63. No Direito brasileiro a teoria ganhou plena aceitação. Alcino Salazar faz ampla documentação disto em comentário sobre "A cláusula *rebus sic stantibus*, sua aplicação no Direito brasileiro".[39]

38. *Arquivo Judiciário* 68/344 e ss.
39. *RDA* 31/301 e ss.

64. A teoria da imprevisão, que fora instaurada na França sob feição circunscrita, pois estabelecia partilha de prejuízos, assumiu novo caráter, inclusive porque se tornou evidente que os casos a serem por ela atendidos não correspondiam a fenômenos esporádicos, relacionados com situação efêmera. Deveras: em se verificando que a instabilidade adquirira foros de normalidade, por consectária de novo período histórico, razão alguma haveria para manipulá-la em guisa de paliativo limitado ao socorro de emergências, mero recurso ocasional balanceador de prejuízos incidentais.

Daí o haver-se afigurado com intuito idôneo para ajustar a normalidade dos contratos aos "novos padrões de normalidade dos acontecimentos", se assim nos podemos expressar. Destarte, converteu-se em fórmula eficiente para garantir integralmente o equilíbrio econômico-financeiro avençado ao tempo da constituição do vínculo, vale dizer: instrumento de recomposição do equilíbrio estabelecido, o que, no fundo, nada mais representa senão prestigiar o significado real do *consensus* expressado no contrato, pela restauração dos termos da equivalência inicial, ou seja, de sua normalidade substancial.

65. Demais disso, a condição "imprevisibilidade" tornou-se menos severa. É o que realça o nunca assaz citado Francis-Paul Bénoît. O imprevisível passou a se referir apenas ao *imprevisto*, ao razoavelmente não previsto, e a indenização de imprevisão transmudou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia do equilíbrio econômico-financeiro estipulado por ocasião do contrato, nele incluído o lucro.[40]

X. As cláusulas de reajustes de preços

66. Dês que se enraizou a consciência de que não se vivia em um mundo estável, em economia liberta de surpresas, os contratos administrativos passaram a conter cláusulas de reajustes de preços. Como disse Bénoît, a Administração e seus contratantes, instruídos pela experiência, passaram a se premunir, no próprio contrato, con-

40. Ob. cit., p. 632.
E mais: "A condição de imprevisibilidade deve então suavizar-se: o imprevisível será somente o que não foi expressamente previsto nas estipulações do contrato" (loc. cit.).

tra as flutuações econômicas.[41] Pretendiam – consoante asserto de Waline – evitar para o futuro a aplicação da teoria da imprevisão, e por isso mesmo chegaram a fixar cláusulas que formalmente excluíam o recurso à invocação dela, fiados em que o reajuste contratualmente estipulado de revisão de preços obviaria o problema que por tal modo julgavam solver.

Percebe-se, mesmo ao primeiro súbito de vista, que seu objetivo era assegurar na própria intimidade do contrato, a dizer, em seu bojo, a garantia absoluta do equilíbrio original estatuído, segundo a substância do ajuste. Destarte afastaram-se os percalços inerentes à invocação da teoria da imprevisão, quais "a imprevisibilidade" do evento e a exigência de "caráter vultoso no prejuízo", traços componentes deste instituto até os albores de sua última fase.

Porém – como bem o disse Waline –, desejava-se "prever o imprevisível". Ocorre, observa o autor, citando frase de André Maurois, que "o inesperado sempre acontece". Por isso Waline rematou: "Precisamente porque a indenização da imprevisão supõe a superveniência de acontecimentos que, por hipótese, as partes não haviam podido prever quando da conclusão do contrato, a jurisprudência houve por bem decidir que tais cláusulas, inseridas nos contratos, eram sem valor para o caso em que qualquer circunstância realmente imprevista sobreviesse no interregno. Nenhuma cláusula de exclusão poderia jamais impedir o empreiteiro, por exemplo, de postular indenização por imprevisão quando ocorresse fato novo absolutamente imprevisível na data do contrato e subvertedor das previsões das partes".[42]

67. Pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subsequentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe, como um dado interno à própria avença, a atualização do preço.

41. Ob. cit., p. 360.
42. Ob. cit., pp. 625-626.

Tal proceder, longe de insueto, tornou-se habitual, sendo de uso corrente e moente nos chamados contratos administrativos inclusive no Exterior, conforme já averbado.

68. Parece claro a todas as luzes que nestes casos a intenção traduzida no ajuste é a de buscar equivalência real entre as prestações e o preço. Em suma: o acordo de vontades, no que atina à equação econômico-financeira, em interpretação razoável, só pode ser entendido como o de garantir o equilíbrio correspondente ao momento do acordo, de sorte a assegurar sua persistência, prevenindo-se destarte o risco de que contingências econômicas alheias à ação dos contratantes escamoteiem o significado real das prestações recíprocas.

XI. Os reajustes e os índices oficiais

69. Nos contratos administrativos com cláusula de reajuste este se reporta a índices oficiais que *deverão* reproduzir a real modificação deles. À Administração não é dado manipulá-los, ou por qualquer modo viciá-los em detrimento do contratante. Até porque, se atuar deste modo, estará se desencontrando com sua real finalidade e perseguindo interesses secundários assintônicos com os interesses públicos primários. A respeito da subordinação administrativa a estes e da impossibilidade de perseguir interesses secundários conflitantes com os interesses primários, vem a talho colher preciosa lição de Alessi.

Distinguindo-os e exemplificando, o notável mestre italiano[43] indica que os interesses públicos coletivos, "(...) dos quais a Administração deve prover a satisfação, não são, saliente-se, simplesmente o interesse da Administração considerada como aparelho organizativo, mas aquele que foi chamado de interesse coletivo *primário*, formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade. O interesse do aparelho, se concebível um interesse apenas do aparelho unitariamente considerado, seria simplesmente um dos interesses *secundários* que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados unicamente no caso de coincidência e nos limites desta coincidência com o interesse coletivo primário".

43. Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, Giuffrè, 1960, pp. 197-198.

O mesmo autor observa que o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito. Cita como exemplo de interesse *secundário* da Administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público *primário* exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e a não gravar os cidadãos de impostos além de certa medida. Este é o ensinamento de Alessi,[44] em tradução livre.

Jamais poder-se-ia considerar um interesse público primário lesar a boa-fé do contratante e retirar significação autêntica do reajuste com apoio em índices irreais.

De outra parte, não se pode, obviamente, presumir que as partes adotem como pressuposto a descoincidência de índices oficiais com a *real* e efetiva alteração de preços. Interpretação desta ordem seria absurda e abusiva. Absurda, pois implicaria admitir que o contratante estaria liminarmente abrindo mão do significado verdadeiro da equação econômico-financeira e se dispondo a sofrer prejuízo, quando a fixação de cláusulas de reajuste conduz exatamente a ideia e intenção contrárias, em ambas as partes. Abusiva, pois teria que se apoiar em *presunção jurídica* intolerável; qual a de atribuir, por antecipação, erro nos índices que ainda virão a ser estabelecidos por terceiro – e, no caso, um Poder Público. É um sem-sentido firmar como regra hermenêutica, como um *a priori* interpretativo, presunção de erro em atos públicos que ainda virão a ser praticados. Tão supremo débito de confiança ou "crédito de desconfiança" não pode ser, de direito, regra de interpretação de relações jurídicas.

70. Exatamente pelas razões aduzidas, se e quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar – e não levou – ao almejado pelos contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A elei-

44. Ob. cit., pp. 198 e 199, notas 3 e 4.

ção de meio revelado inexato não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas de superação do meio inadequado.

Para que as partes cumpram devidamente o ajuste em toda sua lisura, boa-fé e lealdade, como de direito, cumpre que atendam ao efetivamente pretendido, respeitando a real intenção das vontades que se compuseram. Esta regra singela de interpretação consta expressamente do Código Civil, Lei 10.406, de 10.1.2002 – no art. 112, de acordo com o qual "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem", e que apenas modifica, para pior, do ponto de vista do vernáculo, o anterior art. 85, mais conciso, segundo o qual: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

71. Por certo, o que se pretende em casos que tais é o óbvio: aquilo mesmo que se espera de uma cláusula de reajuste constante de avença administrativa; a saber: a mantença da equação econômico-financeira, de molde a salvaguardar o equilíbrio inicialmente estipulado. E é isto que deve, como um direito do contratante, conforme exposição anterior, ser deferido a ele. No que atina aos aspectos relacionados com o equilíbrio financeiro pactuado, procede recolher fundamentalmente as seguintes ideias, de curso corrente e moente no seio de boa fonte doutrinária e jurisprudencial.

(I) A equação econômico-financeira é um direito do contratante particular e não lhe pode nem lhe deve ser negado o integral respeito a ela.

(II) A Administração há de atuar com boa-fé nos chamados contratos administrativos, pelo quê, conforme a citada lição de Gordillo, não lhe calha valer-se de expedientes pelos quais se "aproveite de situações legais ou fáticas que a favoreçam em prejuízo do contratante", vez que não está envolvida em negócio lucrativo, mas na busca de um interesse público.

(III) As avenças entre Administração e particular, nominadas contratos administrativos, fazem deste último um *colaborador* do Poder Público ao qual não deve ser pago o mínimo possível, mas o normal, donde caber-lhe valor real estipulado no contrato ao tempo do ajuste.

(IV) As partes, ao se obrigarem, fazem-no *rebus sic stantibus*, de tal sorte que as alterações profundas nas situações de fato não

podem ser desconhecidas pelo Direito, reclamando, por isso, a adequada compensação para que as prestações continuem equilibradas em função do ajuste inicial.

72. Parece claro que a aplicação destas conclusões, para que tenham significado real, verdadeiro, e não apenas nominal, supõe reajuste de preços com base no que efetivamente ocorre. Tal proceder, longe de desconsiderar a essência dos contratos administrativos, atende a seu espírito e reverencia-lhes o conteúdo.

De conseguinte, se e quando os índices aludidos no contrato discreparem *in concreto* da realidade, frustrando, assim, *como instrumento de verificação*, o que se pretendia verificar, insta apurar objetivamente a verdadeira elevação ocorrida, para reajustar os preços mediante padrões capazes de manter íntegra a equação econômico-financeira prevista.

A solução indicada é tanto mais adequada quando se sabe, conforme *retro* foi dito, que até mesmo a cláusula de formal rejeição à teoria da imprevisão não pode prosperar ante circunstâncias insuspeitadas à época do contrato.

XII. Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos[45] *ou "inexistentes"*

73. Para identificar as consequências de contratos administrativos inválidos é preciso distinguir as seguintes situações:

a) casos em que a relação é invalidada antes de qualquer prestação ou despesa em que o contratado tenha incorrido por força do contrato e sem que haja sofrido algum prejuízo indireto, isto é, oriundo do atrelamento contratual;

b) casos em que, não tendo havido má-fé por parte do administrado a invalidação ocorre depois de prestações contratuais ou da efetivação de despesas efetuadas em razão do contrato ou mesmo quando, por força da vinculação a ele, o contratado ficou privado de comprováveis proveitos econômicos que, não fora por isto, teria inquestionavelmente obtido em outra relação jurídica;

45. Tratamento aprofundado do tema encontra-se em obra de mão e sobremão da lavra de Jacintho de Arruda Câmara, com o mesmo título: *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, Malheiros Editores, 1999.

c) casos em que, mesmo sem contrato, mas diante de situações fáticas comprovadas, sem má-fé, efetuou prestações aceitas, ainda que implicitamente, pela Administração.

Na primeira hipótese a fulminação do contrato não propõe qualquer problema. Na segunda e terceira hipóteses o administrado faz jus a indenização, nos termos supostos no contrato, pelas prestações que realizou e, ainda, pelas despesas em que terá que incorrer por força do contrato viciado, e terá direito ao acobertamento dos prejuízos indiretos, ou seja, dos proveitos que deixou de captar em outra relação jurídica, por força da vinculação contratual.

Sem embargo, salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade, não sendo possível repor o *statu quo ante*, terá de ser acobertado pelas despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito. O princípio do enriquecimento sem causa abona esta solução, até mesmo nos casos em que tenha havido má-fé. Este acobertamento deverá ser pelo exato valor a ser pericialmente apurado, e que corresponderia à vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contratado haja sido maior; e, evidentemente, a ele não assistirá direito a qualquer lucro ou remuneração por aquilo que empreendeu. Também nesta hipótese não será resguardado dos prejuízos indiretos, ou seja, dos proveitos que acaso haja deixado de auferir em razão da vinculação contratual.

XIII. Os quase contratos e o enriquecimento sem causa

74. Alguns administrativistas, mormente no passado, referiram o enriquecimento sem causa como uma espécie representativa dos chamados "quase contratos", sistematização proveniente do Direito romano pós-justinianeu e que chegou a ser acolhida em alguns Códigos Civis.[46] Os *quase contratos* seriam uma fonte obrigacional decorrente de ato voluntário em que sujeitos de direito se ligam como se fora por vínculo contratual sem que, todavia, tenha ocorrido o acordo de vontades que caracteriza o contrato. No Direito Administrativo compreenderiam a gestão de negócios (*negotiorum gestio*) e a ação de restituição do indébito (*actio de in rem verso*), cujo objeto

46. Foi o que sucedeu com o Código napoleônico e com o italiano de 1875, como o registram Landi e Potenza (*Manuale* ...) Clóvis Beviláqua refere ainda o Código espanhol, o chileno e o boliviano (*Direito das Obrigações*, Freitas Bastos, 4ª ed., 1936, p. 113).

se incluiria no gênero que proscreve o enriquecimento sem causa. Sem dúvida, este último é a principal figura, e merece uma particular referência.

75. Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém à custa do patrimônio de quem o produziu sem que, todavia, exista uma causa juridicamente idônea para supeditar esta consequência benéfica para um e gravosa para outro. É bem de ver que tal fenômeno não é exclusivo do Direito Privado.

Na esfera do Direito Administrativo, por vezes, uma atuação do administrado, do mesmo passo em que lhe causa um empobrecimento, vem a produzir um enriquecimento patrimonial em favor do Poder Público, faltando, todavia, um fundamento jurídico prestante que sirva para justificar tal resultado – o qual, portanto, significará um locupletamento do Poder Público a expensas de outrem.

Este resultado injusto, que já se encontrava censurado pelo velho brocardo romano *nemo locupletari potest cum aliena jactura* ("ninguém deve se locupletar com o dano alheio"), é universalmente proscrito.

76. No Direito italiano com frequência os administrativistas ligam a adoção da teoria ao disposto nos arts. 2.041 e 2.042 do Código Civil italiano.[47] Guido Falzone, entretanto, observa, com inquestionável acerto, que a citada regra do Código Civil "não se constitui em um princípio a ser analogicamente aplicado ao Direito Público", mas que se trata de "um princípio geral do nosso ordenamento jurídico e que, como tal, deve aplicar-se perante todos os sujeitos dele, independentemente de suas naturezas jurídicas".[48]

No Direito francês, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, conforme averbação de Laubadère, as condições para invocação da ação de enriquecimento sem causa seriam (a) que o réu haja efetivamente se enriquecido, que haja extraído proveito do comportamento do empobrecido; (b) que a tal enriquecimento corresponda um empobrecimento do autor da ação, estabelecendo-se de maneira certa a relação entre estes fenômenos; (c) que o enriquecimento e o correlativo empobrecimento hajam sido sem causa, pois se existir

47. Cf. Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., CEDAM, 1960, p. 100, e Guido Landi/Giuseppe Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 1963, p. 198.

48. *Le Obligazione dello Stato*, Giuffrè, Milão, 1960, p. 155.

um título jurídico justificativo do enriquecimento descaberá a ação; e (d) que a ação de enriquecimento sem causa apresente um caráter subsidiário, ou seja, que o autor careça de outra via própria para fundamentar sua pretensão.[49] E, mais além, precisa que, provindo o enriquecimento de obras, (e) estas devam ter sido úteis à Administração e que hajam sido efetuadas com seu assentimento, ainda que tácito.[50]

77. Em valiosa monografia sobre o tema, Gabriel Bayle profere lições que acolhemos integralmente e que reputamos perfeitamente aplicáveis ao nosso Direito. Diz ele que "são em número de três as condições para que prospere a invocação do enriquecimento sem causa: é preciso que haja assentimento da coletividade pública enriquecida, utilidade geral da despesa feita pela pessoa empobrecida e proveito extraído sem causa jurídica pela Administração. Quando estas três condições estejam preenchidas, deve ser possível ligar a teoria administrativa ao princípio geral de que a Administração não deve se enriquecer sem fundamento jurídico à custa de particulares".[51]

O assentimento administrativo – como esclarece o citado autor – pode ser havido como presumido em hipóteses de urgência, de necessidade ou do caráter indispensável das prestações, afora os casos em que a Administração decide não se opor à oferta de colaboração da contraparte, seja quando, tendo sido preliminarmente informada do cumprimento das prestações, não se opõe à execução delas, não as proíbe, mas empenha-se mesmo em controlá-las e/ou fiscalizar-lhes a execução.[52] O referido monografista anota, ainda, com indubitoso acerto, que o enriquecimento sem causa tem lugar mesmo em hipótese na qual o contrato não é apenas nulo, mas inexistente[53] – com o quê, entre nós, concorda inteiramente Hely Lopes Meirelles, segundo quem a obrigação de indenizar ocorre "não com fundamento *em obrigação contratual*, ausente na espécie, mas, sim, no dever

49. *Traité des Contracts Administratifs* (LGDF, Paris, 1983) de autoria de Andrè de Laubadère, Frank Moderne e Pierre Devolvé (e cuja 1ª ed. é obra exclusiva do primeiro destes autores), em capítulo da lavra de Laubadère, pp. 34-35.

50. Ob. cit., p. 515.

51. *L'Enrichissement sans cause en Droit Administratif*, LGDF, Paris, 1973, p. 23. O autor aponta, então, como inaugural, o aresto Lemaire do Conselho de Estado (1890). Sem embargo, conforme René Chapus seu reconhecimento na qualidade de princípio geral só ocorreria em 1961 (*Droit Administratif*, 6ª ed., vol. I, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 891-892).

52. Ob. cit., p. 126.

53. Ob. cit., p. 128.

moral e legal (...) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento".[54] Em abono desta assertiva o autor cita os julgados do TJRJ in *RF* 153/305; do TJSP in *RT* 141/686, 185/720, 188/631 e 242/184; e do 1º TACivSP in *RT* 272/513.

78. Registre-se que Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, em monografia sobre *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, ao estudarem hipóteses em que um particular desenvolve atividade de proveito coletivo sem que hajam sido cumpridas as formalidades pré-contratuais ou contratuais, anotam que: "(...) o problema só adquire relevância se presentes os seguintes dados: a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; c) relação de nexo entre um e outro dos fenômenos acima apontados; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos".[55] Expõem que, se a Administração não se opôs a tal atividade e, dessarte, consentiu tacitamente em sua realização, *ficará obrigada a indenizar seu autor*, se impossível ou inconveniente a restauração ao *statu quo ante*.[56]

Os autores, todavia, ao invés de recorrerem ao princípio do enriquecimento sem causa – que, ao nosso ver, é induvidosamente cabível –, reputam que a solução adequada no Brasil é a da responsabilidade do Estado, com base na correspondente previsão constitucional. De acordo com eles: "Na realidade, o princípio jurídico, que o tema coloca em pauta, é o da igualdade na distribuição das cargas públicas. Aquele que presta um serviço à coletividade fará, nas circunstâncias a que em seguida nos dedicaremos, jus à reparação, *mesmo sem regularidade formal da relação jurídica*, porque, em virtude da ação ou omissão do Estado, restou desprivilegiado frente aos demais administrados, quanto à repartição das cargas públicas genéricas. E essa situação, no Direito brasileiro, se soluciona com remissão ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal".[57] Estamos em que o referido dispositivo e o princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa não são noções excludentes, mas, pelo contrário, se completam e convivem em plena harmonia.

54. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 245.
55. Malheiros Editores, 3ª ed., 1994, pp. 95-96.
56. Ob. cit., pp. 95-102, notadamente pp. 101-102.
57. Ob. cit., p. 100.

Ressalte-se, a final, que a teoria do enriquecimento sem causa tem aplicação também em situações derivadas de atos unilaterais da Administração, consoante anotamos ao tratar da invalidação de atos administrativos (Capítulo VII, ns. 173 e 174).

XIV. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

79. Em vista da Copa das Confederações da FIFA (2013), da Copa do Mundo de Futebol (2014) e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016) foi instituído um regime especial, dito Regime Diferenciado de "Contratações" Públicas (RDC), pela Lei 12.462, de 5.8.2011, que é a conversão da MP 537, de 2011, destinado inicialmente, conforme seu art. 2º, às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das Capitais dos Estados distantes até 350 km das cidades sedes dos mencionados mundiais e outras obras a serem definidas pela própria Administração Pública. Posteriormente foi alargado seu âmbito de ação, para abranger também "as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)", previsto na Lei 11.578, de 26.11.2007, bem como as "licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino".

Como já ficou dito antes, após a delimitação inicial este regime da RDC disseminou-se como praga, vindo a se aplicar a diferentes situações: a) no caso das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento-PAC; b) nas hipóteses das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS; c) às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; d) às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino; e) no caso de contratação de obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados, efetuados com recursos do FNAC, geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos; f) na autorização à Companhia Nacional de Abastecimento-CONAB para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural e à instituição financeira pública federal, contratada com dispensa de licitação, para atuar nas mencionadas atuações, tais como contratação e fiscalização de obras, serviços de consultoria,

inclusive outros de natureza técnica, e aquisição de bens e equipamentos e também gerir recursos financeiros direcionados pela União para reforma, modernização, ampliação e construção de Unidades Armazenadoras Próprias.

Por se tratar de uma lei destinada, de início, a reger contratos *para tão somente alguns eventos esportivos e com épocas certas de realização, após o quê ela será inoperante*, e ao depois estendida a determinadas situações específicas, não parece ser o caso, por enquanto, de dedicar-lhe atenção muito minuciosa, o que possivelmente terá de ser feito caso sua utilização, *in concreto* vier a se tornar frequente. Vale a pena, contudo, desde já, fazer algumas anotações sobre suas disposições.

A primeira é a de que dita lei não pode ter a pretensão de reger licitações e contratos efetuados por Estados, Distrito Federal e Municípios, porque, como bem observou, argutamente, Maurício Zockun, não se trata de "norma geral", prevista no art. 22, XXI, da Constituição,[58] mas, pelo contrário, de norma de muita especificidade; logo, a competência da União não irrompe na matéria, pelo que, a Lei 12.462 só poderia valer para a esfera federal. Quem, todavia, animar-se-á a impugná-la, sendo certo e sabido que em tema de licitação e contratos é tão rotineira quanto inconsequente a violação das órbitas regionais e locais por lei federal?

A segunda observação diz respeito a algumas novidades em relação à Lei 8.666. Vejamos as mais importantes.

a) O orçamento estimado para a contratação será sigiloso e só depois do encerramento da licitação é que será divulgado. Só serão noticiados os quantitativos e demais informações necessárias à elaboração das propostas (art. 6º). É claro que o sigilo mencionado não vigorará nos casos em que for adotado, como critério de julgamento, o *critério* de maior desconto (§ 1º do art. 6º).

b) A fase de habilitação, similarmente ao que já hoje ocorre no pregão, ao invés de preceder à classificação e julgamento das propostas, só se realiza depois delas (art. 12), podendo ser excepcionada apenas mediante justificativa expressamente referida no instrumento convocatório (parágrafo único).

58. "Apontamentos do Regime Diferenciador de Contratação à Luz da Constituição da República", in *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, obra coletiva, Marcio Cammarosano, Augusto Neves Dal Pozzo e Rafael Valim (Coords.), Fórum, 2011, pp. 13 e ss.

c) A lei admite a utilização de um sistema de *remuneração variável*, inclusive para obras de engenharia (art. 10) "vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato", devendo sua adoção ser motivada, e respeitado o limite orçamentário fixado pela Administração (parágrafo único do art. 10).

d) É introduzida uma denominada *contratação integrada* (art. 9º e ss.), que compreende a elaboração e desenvolvimento pelo proponente dos projetos básico e executivo, afora a "execução de obras e serviços de engenharia, a montagem e a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto". O instrumento convocatório, a teor do § 2º, inciso I, deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinado a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo os aspectos ali discriminados. Na contratação integrada, consoante o art. 9º, § 2º, inciso II, "o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica", sendo admissível qualquer dos critérios de julgamento constantes da lei. Em sendo adotada a contratação integrada só serão admitidos termos aditivos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior ou então por alteração do projeto ou especificações demandados pela Administração quando não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado e dentro dos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666 (cf. n. 30 deste capítulo). Tal vedação nos parece, no mínimo, exagerada, já que, por exemplo, é forçoso admitir a realização de aditivos para a alteração do "nome" da contratada ou até mesmo do local da realização da obra. O sentido deste dispositivo é banir as alterações quantitativas, mas não obstaculizar, pura e simplesmente, a assinatura de aditivos contratuais. Observe-se que a limitação do reajuste jamais poderá contrariar a garantia da mantença da equação econômico-financeira inicial, ante o disposto no art. 37, XXI, da Constituição.

Augusto Neves Dal Pozzo, em valioso estudo, anota que a "contratação integrada" já existia, prevista no "Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado" da PETROBRAS, aprovado pelo Decreto 2.745/1998 e que, embora sua constitucionalidade tenha sido objeto de questionamentos, tanto no Tribunal de Contas da União

quanto no Supremo Tribunal Federal, não só, mas inclusive em razão de seus preceitos, o fato é que a estatal o tem utilizado em vários casos concretos.[59]

e) Entre os critérios de julgamento passa a ser previsto o de maior retorno econômico (art. 18, inciso V), adotável nos *contratos de eficiência*, modalidade em que será selecionada "a proposta que proporcionar maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato" (art. 23). Nele, a teor de seu § 2º, os licitantes apresentarão proposta conforme dispuser o regulamento. Dita fórmula é aplicável quando o objeto for a prestação de serviços, "que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada" (art. 23, § 1º).

XV. Convênios e consórcios

80. O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona. Estes últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A Lei de Contratos Administrativos cogita desta última espécie. Já os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns.

Assim, convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes. Vejamos, agora, como diferem entre si.

81. De acordo com a Lei 11.107, de 6.4.2005, regulamentada pelo Decreto 6.017, de 17.1.2007 –, que dispõe sobre normas gerais

59. "Panorama Geral dos Regimes de Execução Previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a Contratação Integrada e seus Reflexos", in *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*, ob. cit., pp. 43 e ss. Entre as críticas feitas merece realce a de que se inexistirem especificações suficientes caracterizando o objeto não haverá a possibilidade de uma comparação objetiva das propostas, além de eventualmente surgirem propostas com valores muito acima ou muito abaixo dos que se obteria ante um bem delineado objeto de contratação.

de contratações de consórcios públicos, tema previsto no art. 241 da Constituição –, depreende-se que estes são contratos realizados entre as pessoas de Direito Público de capacidade política, isto é, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em vista da realização de atividades públicas de interesse comum, e dos quais resultará uma pessoa jurídica que os congregará.

O consórcio será sempre precedido de um protocolo de intenções celebrado entre as partes, o qual obrigatoriamente terá que ser ratificado por lei (art. 5º) para que se tenha como travado o contrato de consórcio, salvo se naquela entidade, antes de firmado o protocolo, já houver lei disciplinando sua participação no consórcio público (§ 4º do art. 5º).

Dependendo da forma como se organizarem, os consórcios terão personalidade jurídica de Direito Privado (o que é autêntica aberração) sem fins econômicos ou de Direito Público (art. 1º, § 1º, e art. 6º), sendo que nesta última hipótese farão parte da Administração indireta de todos os consorciados (art. 6º, § 1º). Mesmo quando constituído sob forma de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2º). Não é difícil perceber que quando tiverem personalidade de Direito Público serão autarquias intergovernamentais e quando tiverem personalidade de Direito Privado serão empresas públicas; portanto, ainda que a lei não o diga, neste caso também farão parte da Administração indireta, porém, apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária.

É claro que para a realização de consórcios não há necessidade de licitação, assim como também não será necessária para que o consórcio trave contrato com a Administração direta ou indireta (art. 2º, § 1º, III); mas, evidentemente, fora desta hipótese ter-se-á que licitar, na forma da legislação pertinente.

82. A referida Lei 11.107 previu duas novas figuras contratuais, ambas supostas no âmbito das relações entre pessoas jurídicas de Direito Público ou entre elas e entidades da Administração Pública indireta, quando constituam vínculos para obtenção de interesses comuns. Ditas figuras são os *contratos de rateio* e os *contratos de programa*.

Contratos de rateio são avenças compostas em decorrência de consórcios públicos, formalizadas em cada exercício financeiro, nos quais os consorciados estabelecem a repartição dos montantes a cargo de cada qual na execução das despesas inerentes, constituindo-se ditos contratos em condição para a entrega de recursos financeiros ao consórcio. A teor do § 1º do art. 8º, "seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos".

Contratos de programa são avenças travadas entre pessoas de Direito Público ou entre elas e pessoas da Administração indireta, como condição de validade das recíprocas obrigações, tendo por objeto a "gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos" (art. 13). O contrato de programa é estabelecido no âmbito dos consórcios ou convênios e deve obedecer à legislação sobre concessão e permissão de serviços públicos.

Cumpre aqui anotar, embora sucintamente, que União, Estados e Municípios nada têm a ver com serviços públicos ou encargos uns dos outros. É o que mais detidamente tornaremos a dizer no Cap. XII, item 28, e nota de rodapé 23. Cada qual, em princípio, atua tão só no universo das respectivas competências na conformidade da distribuição constitucional das competências públicas. Assim, jamais poderiam, elas ou suas entidades de Administração indireta, buscar, mediante prestação de serviços públicos *alheios*, a satisfação de interesses próprios de ordem puramente patrimonial, ou seja, de índole econômica, por meio de convênio, consórcio, contrato de programa ou qualquer outro instituto que fosse concebido para tanto. Vale dizer: um serviço ou encargo público da alçada de alguma entidade governamental nunca poderia, sem grave desvirtuamento de sua natureza essencial, ser tomado por outra entidade governamental, maiormente se encartada em diversa órbita político-administrativa, como um objeto suscetível de proporcionar-lhe uma captação de lucro, de proveito econômico. Mais de uma razão concorreria em abono do que se vem de dizer. Aqui, entretanto, basta reportar-nos ao que foi dito no capítulo e local citados. A consequência destas averbações é a de que *convênios e consórcio e contratos de progra-*

ma só podem ser meios de colaboração ***desinteressada*** *entre os sujeitos que se associem. Logo, ou estarão em causa* ***interesses comuns*** *dos associados ou estará em pauta* ***uma forma de colaboração desprendida entre eles*** *na qual, então, mais não se admite que o simples ressarcimento de despesas que onerem a parte prestadora da atividade ou serviço alheio que ficar a seu cargo. Eis, pois, que a dispensa de licitação prevista no art. 24, XXVI, da Lei 8.666, só pode dizer respeito a caso em que esteja em causa colaboração desinteressada ou atividade de interesse comum.*

83. Visto o que são *consórcios*, vejamos o que são *convênios*. Convênios, aos quais também se refere o art. 241 da Constituição, são contratos realizados entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte criação de pessoas jurídicas – o que os faz distintos dos consórcios.

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.

Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.

PARTE IV
AS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Capítulo XI – SERVIÇO PÚBLICO E OBRA PÚBLICA. Capítulo XII – CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SEUS REGIMES JURÍDICOS. Capítulo XIII – INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E NO DOMÍNIO SOCIAL. Capítulo XIV – PODER DE POLÍCIA. Capítulo XV – INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. Capítulo XVI – DESAPROPRIAÇÃO. Capítulo XVII – GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS

Expostas as vias técnico-jurídicas por cujo meio a Administração opera, cumpre examinar as atividades por ela desempenhadas. Sabidamente as atividades administrativas são muito heterogêneas. Cumpre, entretanto, buscar agrupá-las por categorias que apresentem afinidades jurídicas. Assim, é possível discernir dentro deste conjunto suas principais espécies, a saber:

a) *serviços públicos*, vale dizer, atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. Por esta mesma razão as submete a uma disciplina jurídica específica, preordenada a garantir proteção aos interesses coletivos nelas encarnados, de sorte a facilitar-lhes a viabilização, assim como defendê-las não apenas contra terceiros ou contra as pessoas que ele próprio haja habilitado a prestá-los, mas também contra omissões ou desvirtuamentos em que o próprio Estado possa incorrer ao propósito delas.

Nos termos da Constituição brasileira, em relação à grande maioria dos serviços públicos, não há obrigação estatal de prestá-los diretamente ou por criatura sua, podendo simplesmente patrocinar-lhes a prestação pela outorga de seu exercício a terceiros, mediante concessão ou permissão (a Lei Maior fala ainda em autorização). Cumpre, pois, conhecer as características do serviço público, as exigências constitucionais ao respeito, assim como o regime jurídico que legalmente preside as concessões e permissões de serviço público. Além dos serviços, o Estado empenha-se igualmente em prover a Sociedade das *obras públicas* necessárias ou convenientes ao bem-estar dos administrados, fazendo-o por si ou por terceiros;

b) *intervenção do Estado no domínio econômico e social*. Conquanto o segmento da atividade econômica seja da alçada dos particulares no exercício da livre iniciativa – em contraposição aos serviços públicos que se alocam no universo estatal – o Poder Público, de fora parte providências de fomento ou de assegurar a obediência à disciplina legal do setor, em certas hipóteses raras, constitucionalmente admitidas, pode também atuar como protagonista do mundo empresarial. Demais disto, o Estado interfere também na esfera social, seja por via dos serviços públicos sociais, seja fomentando a atividade de particulares em tal setor;

c) cumprimento das normas legais que estabelecem as *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, condicionando o exercício de uma e de outra, para evitar comportamentos danosos ao conjunto social. Esta atividade de assegurar o cumprimento das leis que configuram o âmbito legítimo da liberdade e da propriedade, pelo delineamento do perfil desses direitos, se efetiva mediante atos ora fiscalizadores, ora preventivos – liberando ou interditando comportamentos dos administrados –, ora repressivos. Costuma ser designada como "poder de polícia", em sentido estrito, pois tal locução, em sentido amplo, engloba também as disposições legais atinentes à matéria. Conquanto o *nomen juris* "poder de polícia" seja objeto de procedentes críticas, e já esteja em desuso em alguns países, seguimos nos servindo dele pela grande vulgarização de seu uso entre nós, inclusive no direito positivo;

d) *imposição das sanções previstas para as infrações administrativas*, atividade, esta, pela qual a Administração cumpre uma função intimidativa e exemplar para que sejam desestimuladas as condutas que atentam contra a boa ordem administrativa, sejam elas fruto de violação das *supra* aludidas limitações administrativas à li-

berdade e à propriedade legalmente estabelecidas, sejam elas fruto de desobediência a normas que hajam decorrido das relações específicas que hajam sido travadas entre a Administração e determinados administrados;

e) *sacrifícios de direito*, vale dizer, providências administrativas nas quais a Administração, para realizar interesses públicos, devidamente apoiada em lei, investe contra direitos dos administrados, restringindo-os ou eliminando-os, ressalvada a indenização a que estes fazem jus pelo agravo sofrido. Aqui a situação é profundamente diversa das *limitações administrativas*. Enquanto nas *limitações administrativas* a Administração nada mais faz que conter os administrados na intimidade da esfera de seus direitos, tal como delineados pela lei, nos *sacrifícios de direito*, os direitos já compostos e definidos pela lei são objeto de uma compressão ou de uma supressão por uma providência administrativa. É o caso da *desapropriação*, da *requisição* e da *servidão administrativa* e *tombamento*. À primeira, por ser a mais importante, dar-se-á um tratamento detido; as duas outras merecerão referências breves

f) *gestão dos bens públicos*, ou seja, regime jurídico do meneio dos bens públicos, o que supõe, preliminarmente, identificação dos que serão qualificáveis como integrantes do domínio público, suas classificações, formas de aquisição e de utilização.

Assim, estas diversas atividades administrativas serão objeto dos capítulos subsequentes, a saber: "Serviço público e obra pública"; "Concessões e permissões de serviço público e seu regime jurídico; "Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social"; "Poder de polícia", "Infrações e sanções administrativas", "Desapropriação" e "Gestão dos bens públicos".

Capítulo XI

SERVIÇO PÚBLICO E OBRA PÚBLICA

I. Conceito de serviço público. II. Titularidade do serviço e titularidade da prestação. III. Serviços públicos e outras atividades estatais. IV. Serviços públicos por determinação constitucional. V. Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil. VI. Os serviços públicos e a dubiedade da expressão "autorização" na Constituição. VII. Limites constitucionais para a caracterização de um serviço como público. VIII. Serviços públicos e serviços governamentais. IX. Obra pública.

I. Conceito de serviço público

1. Sabe-se que certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade *material)* destinadas a satisfazer a *coletividade em geral*, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que *não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas* (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado "poder de polícia"[1]).

Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera *de seu dever* assumi-las *como pertinentes a si próprio* (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, *as coloca sob uma disciplina peculiar* instaurada para resguardo dos interesses

1. Expressão indesejável e descabida, como bem anotou Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., t. 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1988, Cap. V, notadamente pp. V-1 a V-6), mas que, por ser muito disseminada na doutrina, na jurisprudência, na legislação e encontrar-se até mesmo no Texto Constitucional brasileiro (art. 145, II), ainda se faz uso dela.

nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, *uma disciplina de Direito Público*.

Dinorá Grotti, em sua notável monografia sobre serviço público – obra de indispensável consulta[2] –, averba, com incensurável exatidão: "Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico".[3]

Pode-se conceituar esta espécie de atividade estatal da seguinte maneira:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.[4]

2. Registre-se, também, o trabalho de mão e sobremão da lavra de Mônica Spezia Justen, de leitura igualmente obrigatória, o qual se volta especificamente para tal noção no Direito europeu: *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Dialética, 2003.

3. Dinorá Grotti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, Malheiros Editores, 2003, p. 87.

4. A noção de serviço público não é simples. Pelo contrário, a locução em causa deu margem a que fosse tomada em diferentes acepções: subjetiva, objetiva e formal (cf. a propósito nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, onde o assunto é examinado com amplitude, notadamente pp. 139-173, dedicadas exclusivamente a esta matéria). É que dita noção, outrora considerada, na França, como "pedra angular do Direito Administrativo", teve diferentes préstimos jurídicos, *inteiramente distintos dos que na atualidade cumpre*. Tanto foi utilizada como noção fundamentadora de todo o Direito Público ou em particular do Direito Administrativo, como veio a ser adotada como critério para repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado da França.

Basta dizer que, à época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada "Escola do Serviço Público" (onde enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros), a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a ideia de "poder" estatal – pela ideia de "serviço aos administrados". Cyr Cambier, conforme já dantes anotamos, observou, com inteira propriedade, que tal concepção "conduz a fazer do poder

Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. Pretende-se proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, *defender a boa prestação* do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la; *mas também* – e com o mesmo empenho – (b) *em relação ao próprio Estado* e (c) *ao*

um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é medida adotada e adaptada (*ordinatio*)" (*Droit Administratif*, Bruxelas, Ed. Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 228). Duguit propôs-se a afastar a ideia de soberania e de Poder Público como origem do Direito, repelindo a teoria de que "o Estado cria o Direito, mas está regido por ele". Para este Mestre, "o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental". Daí haver arrematado: "Et par là ma théorie de l'État est achevée" (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., vol. II, Librairie Fontemoing, 1923, p. 70). Em sua esteira, passou-se a ver o Direito Administrativo como um conjunto de princípios e normas congregados ao derredor da ideia de serviço público. "A Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público", disse Jean Rivero (*Droit Administratif*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 146). "A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público", averbou Georges Vedel (*Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1964, p. 72).

Durante algum tempo a noção de serviço público esteve ligada a um determinado tipo de atividade material (serviços indispensáveis "à interdependência social, de tal modo que não poderiam ser prestados senão com a intervenção da força governante", cf. Duguit), época em que podia, razoavelmente, servir como critério de repartição de competências entre as duas jurisdições existentes na França (comum e administrativa), pois se lhe atribuía o caráter de elemento decisório para a aplicação do Direito Administrativo. Veio a ser depois utilizada também para batizar outro tipo de atividades que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de Direito Privado, e até mesmo para abarcar atividades exercidas por particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob impacto de regras publicísticas ("serviço público virtual"). Assim, tornou-se excessivamente ampla e inútil para tais fins, justificando o comentário do Comissário de Governo Tricot, segundo quem "a expressão 'serviço público', sob a aparência de uma terminologia rigorosa, mas tornada tão compreensiva, quase não mais possui interesse jurídico"; ou, no dizer de Waline, "a noção de serviço público aparece, cada vez mais, como uma sobrevivência inútil nos acórdãos" (*apud* Georges Vedel, ob. cit., p. 79).

Compreende-se que adotar uma noção com contornos desatados *não apresenta préstimo algum, sobretudo para a problemática atual* do Direito Administrativo e em particular para a sistematização das atividades administrativas, notadamente em face do sistema jurídico brasileiro. Daí que a noção de serviço público que formulamos é uma noção restrita, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas sob o acicate de outras necessidades, outros objetivos e, sobretudo, outra problemática e outro ordenamento jurídico positivo.

sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário). Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculizem e; de outro; que o titular deles; ou quem haja sido credenciado a prestá-los; procedam, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desrespeitar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço.[5]

5. O serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem *assento constitucional* especificador de um vasto campo de deveres do Estado Brasileiro em relação à Sociedade, sobre se constituir em fundamento da cobrança de uma relevante variedade de taxas. Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobrepos-se entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição –, chegou-se a apregoar *o fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da autorregulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disto se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem se aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de *marketing* conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cêntricos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o "vampirismo econômico", foram elaborados os motes "globalização" e "reforma do Estado", em termos que lhes facilitassem os objetivos. Eis por que tal movimento, a fim de causar impressão em meios jurídicos, de cujo apoio não poderia prescindir para a sustentação das indispensáveis teses político-administrativas correlatas, se fez acompanhar de arremedos teóricos na área do Direito Administrativo, suficientes para impressionar alguns segmentos, que facilmente tomaram a nuvem por Juno, hipnotizados pela aludida manobra publicitária. A difusão deste repertório de *slogans*, dentro e fora do meio jurídico, já entrou de declinar, tanto pelos catastróficos resultados produzidos – a terrível situação da Argentina, que foi um modelo de docilidade, vale como paradigma – como porque a pretendida ocupação dos espaços econômicos a que se propunha já se completou com grande êxito para esta invasão econômica. Sirvam como exemplo, no Brasil, a alienação para grupos alienígenas de todas as empresas que prestavam serviços públicos de telecomunicações e de grande parte das que efetuavam a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, a liberação para estrangeiros da exploração das riquezas minerais e da navegação costeira e interior, a abertura para eles das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a invasão devastadora do setor bancário para citar algumas áreas importantes de nossa economia. Tudo isto foi propiciado por emendas constitucionais ou audaciosas manobras políticas patrocinadas pelo grande condutor deste movimento de desnacionalização (acompanhado de escândalos notórios, mas muito eficientemente acobertados): o Sr. Fernando Henrique Cardoso, a quem, de todo modo, não se pode negar o reconhecimento de ser o maior e mais bem-sucedido líder do pensamento da direita na esfera econômica que o país já teve em toda sua História.

2. Como toda e qualquer noção jurídica, esta – serviço público – só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar. Daí que só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e *comodidade material* fruível singularmente pelo administrado, *desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público*, o regime jurídico-administrativo.

Com efeito, o único objeto que o juiz, o advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipótese. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciante que seja, se não lhes fornecer a indicação dos princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas. Eis, pois, que *um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e normas.*

Não é difícil, então, compreender por que Jèze tão oportuna e corretamente afirmou que o serviço público é um "processo técnico – e não o único – através do qual se satisfazem necessidades de interesse geral".[6]

3. Conclui-se, pois, espontaneamente, que a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) *traço formal* indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um *específico regime de Direito Público*, isto é, numa "unidade normativa".

Esta unidade normativa é formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo.

a) Substrato material da noção de serviço público

4. Quanto ao primeiro elemento – seu *substrato material* –, cumpre observar que a atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em*

6. *Principios Generales* ..., cit., vol. II, 1948, p. 19.

geral,[7] de *utilidades ou comodidades materiais*[8] (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados[9] que *o Estado assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.[10] Aliás, é por isto que as presta *sob regime de Direito Público*, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto.

7. Com efeito, *se assim não fosse, é bem de ver que o serviço não seria público*, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas a interesses privados. Este traço – de estar voltado a preencher necessidades do público em geral – reside na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o *todo social*, o Estado não teria porque assumir tal atividade. Por faltar este caráter de se destinarem à satisfação da coletividade em geral, não são públicos, *e.g.*, os serviços de telecomunicações *que interligam apenas as empresas que possuem seus serviços de interconexão e que a isto se destinam*. Assim, também, não são públicos os serviços de radioamador, pois estes, conquanto prestem atividade útil para inúmeras pessoas, constituem-se para comunicação restrita ao âmbito dos que, possuindo tal equipamento, propõem-se a ingressar neste círculo restrito de intercomunicadores.

8. Se a expressão *serviço público* tivesse amplitude tão lata que abrangesse atividade material e jurídica assumida pelo Estado como pertinente a si próprio, a noção de serviço público perderia seu préstimo, pois abarcaria realidades muito distintas entre si, coincidindo, afinal, com o conjunto de atividades do Estado, sem estremá-las com base nas características de cada qual e nas particularidades dos respectivos regimes jurídicos. Em suma: *haveria mera superposição da noção de serviço público à noção de atividade pública, nada agregando de particularizador dela*. Por abranger objetos muito díspares, seria, então imprestável para isolar um conjunto homogêneo de princípios e normas.

9. Restringiu-se a noção de serviço público aos chamados serviços *uti singuli*, ou seja, individual e singularmente fruíveis pela pessoa de cada um (postergando o *sentido amplo de serviço público*, que abrigaria também os serviços *uti universi*) para enquadrar seu exame no âmbito da teoria das chamadas prestações administrativas da Administração aos Administrados, como bem anotou Renato Alessi. Nisto, de resto, estar-se-ia atendendo ao teor evocativo mais comum da expressão *serviço público*, pois, ao pensar-se nele, o que vem de imediato à mente são serviços tais como o transporte coletivo de passageiros, o fornecimento domiciliar de água, de luz, de gás, de telefone etc., os quais se referem a prestações materiais e efetuadas *uti singuli*.

10. Por isto Cirne Lima o conceituou como "o serviço existencial à Sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa" (*Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 212). Léon Duguit, o criador da "Escola do Serviço Público", chefe desta corrente que tanta influência teve no Direito Administrativo, o configurou como "indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante" (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., vol. II, 1923, p. 55).

Esta oferta é feita aos *administrados em geral*. Daí falar-se, com razão, no princípio da universalidade ou generalidade do serviço público, pois o serviço diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade.

Ditas atividades, portanto, salvo algumas exceções ao diante referidas (educação, saúde, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado. De conseguinte, as atividades em questão *não pertencem à esfera da livre iniciativa*, sendo estranhas, então, ao campo da "exploração da atividade econômica". Este último setor, nos termos constitucionais, conforme será melhor esclarecido a breve trecho, é seara reservada aos particulares, ou seja, à iniciativa privada. Na esfera econômica a atuação empresarial do Estado é que é exceção e terá de realizar-se basicamente na conformidade de regime de Direito Privado.

b) Elemento formal caracterizador do serviço público: seu regime jurídico

5. O segundo elemento, *formal*, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva.

Convém, então, enumerar princípios que inexoravelmente terão de comparecer quando se esteja perante uma atividade qualificável como serviço público.

Princípios do serviço público

A doutrina francesa costuma apontar três princípios como sendo comuns à generalidade dos serviços públicos. Por vezes os nomina de "leis do serviço público" e, eventualmente, "leis de Rolland" – administrativista ilustre, que os trouxe à luz. Citando este jurista e o arrolamento que fez, René Chapus aponta como princípios do serviço público os da (a) *mutabilidade*, (b) *continuidade* e (c) *igualdade*.[11] Estes mesmos princípios são mencionados por Jean Rivero e Jean Waline,[12]

11. René Chapus, *Droit Administratif General*, 6ª ed., t. I, ed. Montchrestien, 1992, pp. 451 e ss.

12. *Droit Administratif*, 14ª ed., Dalloz, 1992, pp. 388-389.

tal como o fazem Georges Vedel e Pierre Devolvé.[13] Jean De Soto a eles agrega o princípio da *gratuidade*, que indica parecer estar em vias de desaparecimento.[14] É claro, ademais que este princípio não se aplica nos casos em que o serviço seja prestado em regime de concessão (ou permissão) a particulares. Aubi e Ducos-Ader referem dois grupos ou categorias de princípios: o da *continuidade* e o da *igualdade*; mas no interior do primeiro, como corolário dele, apontam o da *adaptação* (*mutabilidade*), e no interior do segundo, como seu corolário, o da *neutralidade* do serviço.[15] Laubadère, Venezia e Gaudemet, aos três princípios de início mencionados, acrescentam ainda, como princípios autônomos, o da *neutralidade*, o de a Administração fazer funcionar corretamente os *serviços públicos* e o da *gratuidade*.[16]

No Brasil, Hely Lopes Meirelles enumera cinco princípios: a) o da *permanência*, que é o nome que atribui ao princípio da *continuidade*; b) o da *generalidade*, que corresponde ao princípio da *igualdade*; c) o da *eficiência*, que "exige a atualização do serviço", outra designação para a chamada "mutabilidade"; d) o da *modicidade*, exigente de tarifas razoáveis; e e) o da *cortesia*.[17] Maria Sylvia Zanella Di Pietro enuncia os mesmos aludidos princípios geralmente arrolados na doutrina francesa;[18] e o mesmo é feito por Diógenes Gasparini.[19]

No serviço público – importa ressaltar – a figura estelar não é seu titular nem o prestador dele, mas o usuário. Com efeito, é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe.[20]

13. *Droit Administratif*, 12ª ed., t. 2, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 737 e ss.

14. *Grands Services Publics et Entreprises Nationales*, Éditions Montchrestien, 1971, pp. 35 e ss.

15. Jean-Marie Auby e Robert Ducos-Ader, *Grands Services Publics et Entreprises Nationales*, 1ª ed., vol. I, Presses Universitaires de France, 1969, p. 34.

16. *Traité de Droit Administratif*, 12ª ed., t. I, LGDJ, 1992, pp. 764 e ss.

17. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 380.

18. *Direito Administrativo*, 14ª ed., Atlas, 2002, pp. 101-103.

19. *Direito Administrativo*, 5ª ed., Saraiva, 2000, p. 255.

20. Esta é a lógica que preside juridicamente o assunto, embora não seja minimamente a realidade. As agências reguladoras que na linguagem oficial foram supostamente criadas para assegurar os direitos dos usuários comportam-se como se fossem inteiramente desinteressadas disto e muito mais interessadas nos interesses das concessionárias, ao ponto de se poder supor que foram introduzidas entre nós com este deliberado propósito. A situação calamitosa dos serviços aéreos serve de excelente demonstração da nulidade das agências reguladoras na defesa dos usuários. As telecomunicações telefônicas são disparadamente as campeãs brasileiras em reclamações dos consumidores, sem que daí resultem as presumidas sanções supostas na legislação.

A Constituição, no parágrafo único, inciso III, do art. 175, determina que a lei disporá sobre os direitos dos usuários. Ainda que se manifestem, tanto no caso do serviço ser prestado diretamente pelo Estado ou criatura sua quanto no caso de estar a cargo de concessionários ou permissionários, deles trataremos no capítulo seguinte: "Concessões e Permissões de Serviço Público e seus Regimes Jurídicos".

Em nosso entender, os princípios do serviço público – que se constituem no aspecto formal do conceito e compõem, portanto, seu regime jurídico – são os seguintes:

1) *dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação*, seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja indiretamente mediante autorização, concessão ou permissão, nos casos em que permitida tal modalidade, que, de resto, é a regra geral. Segue-se que, se o Estado omitir-se, cabe, dependendo da hipótese, ação judicial, para compeli-lo agir ou responsabilidade por danos que tal omissão haja causado.

2) *princípio da supremacia do interesse público*, em razão do que, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; *jamais os interesses secundários do Estado ou os dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los*, daí advindo, consequentemente, o

3) *princípio da adaptabilidade*, ou seja sua atualização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público;

4) *princípio da universalidade*, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público;

5) *princípio da impessoalidade*, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre usuários;

6) *princípio da continuidade*, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido.

7) *princípio da transparência*, impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação, aí estando implicado o

8) *princípio da motivação*, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço;

9) *princípio da modicidade das tarifas*; deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualifica-

ção, por considerá-lo importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem. Assim, tal modicidade, à qual se refere expressamente o art. 6º, § 1º, da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8.987, de 13.2.1995), em rigor é de ser predicável não apenas das tarifas às quais ele é expressamente referido, mas também às taxas, se esta for a modalidade de contraprestação do serviço.

Aliás, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, *muitas vezes subsidiados*. Tal circunstância – que não ocorre em países desenvolvidos –, dificulta ou impossibilita a obtenção de resultados bem-sucedidos com o impropriamente chamado movimento das "privatizações", isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro.[21]

10) *princípio do controle* (interno e externo) sobre as condições de sua prestação.

Este arrolamento, obviamente, nada mais representa senão o realce dado a alguns princípios *dentre os que compõem o regime jurídico administrativo*, tendo em vista sua ressonância evidente nos serviços públicos ou por se constituírem em especificações deles perante tal temática, mas, como é claro a todas as luzes, em nada excluem quaisquer outros não mencionados.[22]

21. Em abono destas concessões alega-se, muitas vezes, que o Estado é mau prestador de serviços, ao contrário do particular. Esquece-se, entretanto, de atentar para o fato de que o Estado é muito pior fiscalizador ou "controlador" do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão bem se pode imaginar que os interesses do público em geral serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria de fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornaram-se muito mais caros do que ao tempo em que o Estado os prestava por meio de empresas estatais e sua qualidade, ao menos em alguns setores, decaiu visivelmente. Esta, de resto, é uma razão que também deve ser oposta à ampliação da chamada "terceirização" das atividades administrativas em geral, tão ao agrado dos, hoje, já semidesenxabidos neoliberais, cujas pregações foram responsáveis por resultados desastrosos em todo o mundo.

22. Em nosso entender os princípios componentes do regime jurídico administrativo são: 1) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fundamenta-se na própria ideia de Estado); 2) princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV); 3) princípio da finalidade (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade); 4) princípio da razoabilidade (estriba-se também nos dispo-

Em suma: o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada. Posto que o jurista só tem interesse em localizar quais as regras e princípios que presidem seu desempenho, ver-se-ia a braços com noção inútil, imprestável para indicar-lhe o único objeto que tinha em mira.[23]

6. Percebe-se, sem dificuldade, então, que o primeiro elemento do serviço público é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fático, substrato material, sobre que se constrói a noção jurídica propriamente dita. Por isso, tal substrato pode existir inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. Isto é, quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá *serviço governamental*, mas não necessariamente serviço público. Este só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra, *atividade prestada sob regime de Direito Público*.[24]

sitivos que esteiam os princípios da legalidade e finalidade); 5) princípio da proporcionalidade (por ser aspecto específico da razoabilidade também se apoia nos citados fundamentos); 6) princípio da motivação (arts. 1º, inciso II e parágrafo único, e 5º, XXXIV); 7) princípio da impessoalidade (arts. 37, *caput*, e 5º, *caput*); 8) princípio da publicidade (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII e XXXIV, "b"); 9) princípio da moralidade administrativa (arts. 37, *caput* e § 4º, 85, V, e 5º, LXXIII); 10) princípios do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV); 11) princípio do controle judicial dos atos administrativos (art. 5º, XXXV); 12) princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, § 6º, e 13) princípio da eficiência (art. 37, *caput*).

23. É por isto que noções como "serviço público econômico", por exemplo (isto é, serviço estatal prestado sob regime fundamentalmente de Direito Privado), não servem para nada. É possível que, talvez, possam interessar a economistas ou politólogos, mas para a área jurídica seu préstimo é nenhum. Antes, é pior do que nenhum, pois só podem induzir a confusões e causar equívocos aos menos avisados.

24. Esta é, de direito, sua característica essencial, nuclear, básica. Gaston Jèze, o iluminado administrativista francês e um dos expoentes da Escola do Serviço Público, averbou: "Dizer que em determinada hipótese existe serviço público equivale a dizer que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de Direito Público, isto é, um regime jurídico especial (...)" (ob. e vol. cits., p. 4). Segundo Bernard Chenot, "dizer de uma atividade que é serviço público é dizer que *está submetida ao regime de Direito Público*" (*apud* Jean Rivero, *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1965, p. 380), ou então "criar um serviço público é submeter a regras exorbitantes do Direito Comum o exercício de certas atividades" (*apud* Marcel Waline, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Sirey, 1963, p. 76). Em monografia clássica, o ilustre autor grafou,

Eis, pois, os fundamentos teóricos da noção de serviço público formulada inicialmente.

II. Titularidade do serviço e titularidade da prestação

7. Não se deve confundir a titularidade do *serviço* com a titularidade da *prestação do serviço*. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas.

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém "senhoria" sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço.

Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a *promover-lhes* a prestação.

Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá *promover-lhes* a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo* (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir "autorização", "permissão" ou "concessão" de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas.

É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar esta outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão.

Em princípio, poder-se-ia pensar que o titular *exclusivo* dos serviços seria o Estado. Nem sempre, porém, é assim, como de passagem já se anotou. Há certos serviços que serão públicos quando

ainda: "A única questão importante é saber sob que regime jurídico estes atos são cumpridos" (*Organization Économique de l'État*, 1951, p. 85). Entre nós, Cretella Jr. elucida: "Serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, *mediante procedimento de Direito Público*" (*Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 409).

prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais não pretendeu deter exclusividade.

III. Serviços públicos e outras atividades estatais

8. Em linguagem leiga, costuma-se designar como "serviço" tudo aquilo que o Estado faz ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Assim, por exemplo, a construção de uma estrada, de uma ponte, de um túnel, de um viaduto, de uma escola, de um hospital, ou a pavimentação de uma rua podem aparecer, na linguagem corrente, como sendo um "serviço" que o Estado desempenhou. Juridicamente, entretanto, são *obras públicas*.

Assim também, eventualmente, serão designadas como "serviços", ou mesmo "serviços públicos", atividades típicas de "polícia administrativa". Do mesmo modo, o rótulo "serviço público", ainda que acrescido do qualificativo "industrial", ou "comercial" ou "econômico", algumas vezes é adotado para referir atividades estatais regidas fundamentalmente pelo Direito Privado, isto é, as concernentes à exploração estatal de atividade econômica.

Para o Direito, entretanto, estes vários tipos de atividades são perfeitamente distintos entre si, pois cada qual está sujeito a um regime diverso. Daí a conveniência de procurar apartá-las com nitidez.[25]

Serviço público e obra pública

9. Obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. Obra pública não é serviço público.[26] De fato, serviço público e obra pública distinguem-se com grande nitidez, como se vê da seguinte comparação:

a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico;

25. Daí também a inconveniência do uso indiscriminado da expressão "serviço" para nomeá-las. A coisas juridicamente diferentes devem ser dados nomes diferentes (tal como se faz com as coisas em geral), quando menos para evitar confusões, fáceis de ocorrer dado o incipiente conhecimento de Direito Administrativo entre nós.

26. Por isto o colendo STF recusa, como é lógico, validade a "taxas" instituídas em decorrência da realização de obras públicas (por não serem serviços públicos), as quais só podem ensejar contribuição de melhoria, se ocorrer a hipótese de sua incidência (RE 72.751-RS, 18.10.1972; RE 71.010, *RTJ* 61/160; RE 74.467, *RTJ* 63/829; RE 75.769, 21.9.1973; RE 72.751, de 1973).

b) a obra é uma coisa: o produto cristalizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute;

c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; assim, depende sempre integralmente dela;

d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.

Serviço público e poder de polícia

10. Pelo poder de polícia, o Estado, mediante lei, *condiciona, limita*, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a *Administração* fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a *assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consonante com as exigências legais*, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos (v. Capítulo XIV).

Então, em certos casos legalmente previstos, a atuação dos administrados dependerá da *prévia outorga pela Administração de licenças, permissões, autorizações*, cuja expedição só será feita depois que a Administração se certificar de que os interessados em desempenhá-la preenchem as condições legais para tanto ou então – quando também caiba uma apreciação administrativa discricionária na expedição deles – que as atividades pretendidas não implicarão riscos para o bem-estar social. Para tanto, a Administração expede *injunções* e, em sendo o caso, realiza exames e perícias (exame de habilitação de candidatos a motorista amador ou profissional, análise da salubridade de produtos industrializados que serão consumidos pela população, como é o caso das licenças para remédios e alimentos, etc.).

11. Além disto, para cumprir tais encargos a Administração *fiscaliza*, isto é, inspeciona, tanto o exercício destas atividades que dependeram de prévia manifestação administrativa (*v.g.*, obediência às normas de trânsito, ao estado de segurança dos veículos ou aos prazos de validade na comercialização de remédios e alimentos) *quanto de atividades que não dependem* destas manifestações administrativas prévias mas que, evidentemente, também não podem ser

efetuadas em descompasso com as *leis* acauteladoras dos diversos valores socialmente protegidos.

12. Em qualquer caso, se as atividades particulares vierem a se desenvolver de modo desconforme com as normas legais, a Administração, nos termos da lei, *reprimirá*, através de multas, embargos e interdições, os comportamentos que as violem. Assim, impedirá que pessoa ou grupo de pessoas antissociais detenham o fluxo do trânsito ou que, no período noturno, produzam ruídos excessivos, perturbando, com algazarras ou com instrumentos musicais, a tranquilidade dos que repousam, obstará a que despejem detritos nas vias e nos logradouros públicos, em atentado contra a higiene pública, ou que neles, mediante condutas indecorosas, agridam a moralidade pública etc.

13. Para o leigo, insciente das coisas jurídicas, podem aparecer como "serviços", e, portanto, serviços públicos, as *perícias*, *exames*, *vistorias*, efetuadas pelo Estado ou suas entidades auxiliares com o fito de examinar o cabimento da liberação do exercício de atividades privadas, ou com o propósito de fiscalizar-lhes a obediência aos condicionamentos da liberdade e da propriedade, ou com a finalidade de comprovar a existência de situações que demandariam a aplicação de sanções (como multas, interdição de atividades ou embargo de suas continuidades até que estejam ajustadas aos termos normativos).

Este tipo de equívoco em que podem incorrer pessoas desinformadas do Direito ocorre sobreposse quando as competências para a prática dos atos em apreço estejam radicalizadas sob titulações genéricas, tais as de "coordenação", "articulação", "gerenciamento" e quejandas. É claro, a todas as luzes, entretanto, que se constituem em *rotineiros atos de polícia administrativa*, perfeitamente distintos dos atos de prestação de serviço público.

14. A distinção entre serviço público e polícia administrativa, entretanto, é óbvia. Basta atentar para o fato de que um e outra têm sentidos, direcionamentos, antagônicos.

Enquanto o serviço público visa a *ofertar* ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a *restringir*, *limitar*, *condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orien-

tada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição* aos administrados de comodidades e utilidades materiais.

Serviço público e exploração estatal de atividade econômica

15. Igualmente, a expressão "serviços" (ensejando a suposição de que seriam "serviços públicos") algumas vezes é utilizada em sentido natural – e não técnico-jurídico – para nomear atividades industriais ou comerciais que o Estado, a teor do art. 173 e parágrafos da Constituição, desempenha basicamente *sob regime de Direito Privado*, por se constituírem em *exploração de atividade econômica*, isto é, atividade própria dos particulares; atividade privada, portanto, e, bem por isto, insuscetível de ser qualificada como serviço público.

A distinção entre uma coisa e outra é óbvia. Se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por "imperativos da segurança nacional" ou acicatado por "relevante interesse coletivo", como tais "definidos em lei" (tudo consoante dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos. A esta questão volver-se-á mais além, ao tratar, em tópico próprio, da intervenção do Estado no domínio econômico.

16. É preciso, ainda, não confundir com serviço público certas atividades privadas, que, conquanto entregues à livre iniciativa, *por força de lei, dependem de prévia autorização* de órgãos públicos. Com efeito, o parágrafo único do art. 170 da Constituição dispõe que "é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Assim, hipóteses existirão em que, por força de lei, uma dada atividade econômica, isto é, pertinente aos particulares – e não ao Estado –, deva ser precedida de autorização; ou seja, de uma prévia manifestação administrativa, destinada a verificar, no exercício de "polícia administrativa", se será desempenhada dentro de condições compatíveis com o interesse coletivo. Nem por isto tais atividades, como resulta do preceptivo citado, deixam de se constituir em exploração de atividade econômica, em atividade privada, integrante do reino da livre iniciativa.

Por não se tratar de atividades assumidas pelo Estado como próprias, pertencentes ao seu campo específico, é evidente que, *por definição, não são serviços públicos*.

IV. Serviços públicos por determinação constitucional

17. A Carta Magna do país já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público federal. Serão, pois, *obrigatoriamente serviços públicos* (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas.

No que concerne à esfera federal, é o que se passa com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, X, da Constituição), com os serviços de telecomunicações,[27] serviços de radiodifusão sonora – isto, é, radio – e de sons e imagens – ou seja, televisão, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água, navegação aérea, aeroespacial, infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais,[28] ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros,[29] exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, letras "a" a "f"), seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), em relação as quais é exigido, por força da Constituição (art. 198, § 2º), um dispêndio mínimo (hoje fixado na Lei Complementar 141, de 13.1.2012, arts. 5º a 8º), assistência

27. O inciso XI do art. 21 teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional 8, de 15.8.1995, para excluir a exigência de que fossem prestadas diretamente pelo Estado ou empresa sob controle acionário estatal. Outras três Emendas, patrocinadas pelo Executivo, foram aprovadas no primeiro ano de gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso. A primeira delas, de n. 6, para eliminar o conceito e a proteção à empresa brasileira de capital nacional e para permitir a exploração mineral do subsolo brasileiro por empresas controladas e dirigidas por pessoas não residentes e domiciliadas no país; a de n. 7, para eliminar a proteção, em matéria de transporte marítimo, aéreo e terrestre, a armadores, proprietários, comandantes ou tripulantes brasileiros, assim como a navios de bandeira brasileira, e para permitir que o transporte de cabotagem e a navegação interior no Brasil pudessem ser feitos por embarcações estrangeiras; e a de n. 9, para "flexibilizar" o monopólio estatal do petróleo.

28. Simetricamente, se ditos serviços não forem entre portos ou fronteiras nacionais, realizando-se entre Municípios, serão estaduais, e, se se realizarem no interior do próprio Município, serão municipais.

29. Simetricamente, o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros é serviço público estadual e o transporte municipal é da alçada do Município; este último, aliás, está expressamente previsto no art. 30, V.

social (art. 203) e educação (arts. 205 e 208), sendo que também para esta é exigido um percentual mínimo, previsto constitucionalmente em 18% da receita de impostos no caso da União e 25% no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

18. A enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva.[30]

Ademais, muitos serviços públicos serão da alçada exclusiva de Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, assim como outros serão comuns à União e a estas diversas pessoas. Por exemplo: "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (art. 23, II), ou "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência" (art. 23, V), "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 23, IX).

19. Também não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público, e, por isto, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles (salvo concessão ou permissão), excluídos do campo de ação dos particulares.

Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos *privativos* do Estado – que são os referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante *autorização*, *concessão* ou *permissão* – e, de outro lado, os *serviços públicos não privativos do Estado*.

Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.

Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão.

20. De acordo com a Constituição, são quatro estas espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade *exclusiva*, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.

30. Isto significa que dentro de certos limites, mais ao diante abordados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão criar serviços públicos não mencionados na Constituição.Valha como exemplo, na esfera municipal, o "serviço funerário".

Com efeito, embora a Lei Magna os declare um "dever do Estado" (arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma, também:

a) ou que "são livres à atividade privada" (arts. 199 para a saúde, 209 para a educação);

b) ou expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I, e II, para a assistência social);

c) ou pressupõe uma atuação "complementar" da iniciativa privada (art. 202, para a previdência social).

Sem embargo, ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial.

V. Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil

21. Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses:

a) serviços de *prestação obrigatória e exclusiva do Estado*;

b) serviços de *prestação obrigatória do Estado* e em que é também *obrigatório outorgar em concessão* a terceiros;

c) serviços de *prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade*; e

d) serviços de *prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação,* tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros.

Vejamos quais os que se alocam em uma ou outra categoria.

a) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado

22. Há duas espécies de serviços que *só podem ser prestados pelo próprio Estado*, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de *serviço postal* e *correio aéreo nacional*, como resulta do art. 21, X.

Isto porque, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras "a" a "f") diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente "ou mediante autorização, concessão ou permissão". Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.

b) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder

23. Há uma espécie de serviços públicos que o Estado, conquanto obrigado a prestar por si ou por criatura sua, é também obrigado a oferecer em concessão, permissão ou autorização: são os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão). Isto porque o art. 223 determina que, na matéria, seja observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Se esta complementaridade deve ser observada, o Estado não pode se ausentar de atuação direta em tal campo, nem pode deixar de concedê-los, pena de faltar um dos elementos do trinômio constitucionalmente mencionado.

c) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade

24. Há cinco espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens, tudo conforme fundamentos constitucionais já indicados.

d) Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão

25. Todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição, o Estado tanto pode prestar

por si mesmo (mediante administração direta ou indireta) como transferindo seu desempenho a entidade privada (mediante concessão ou permissão).

Neste item "d" falou-se em "obrigação" de prestar ou "obrigação" de promover a prestação. Não foram expressões casuais. Com efeito, entendemos que, havendo a Constituição previsto ditos serviços como públicos, o Estado não pode se furtar a promovê-los ou assegurar-lhes a promoção em favor dos administrados. Logo, estes têm direito a que sejam instituídos os serviços que sejam singularmente fruíveis e podem judicialmente exigi-los. Enquanto não forem instituídos os administrados têm direito a que lhes seja custeado o desfrute em instituição privada (ao respeito da caracterização dos direitos subjetivos públicos vide Capítulo I, ns. 38 a 42, e Capítulo XVIII, ns. 25 a 34).

VI. Os serviços públicos e a dubiedade da expressão "autorização" na Constituição

26. A Constituição, afora o uso do termo *concessão*, ao falar da prestação de serviços públicos tanto usa da expressão *permissão* como da voz *autorização*.

A concessão, no Brasil, é mencionada como um *contrato*, tanto na legislação como no próprio Texto Constitucional; a permissão é qualificada pela quase totalidade da doutrina brasileira como *ato unilateral do Poder Público* e que não garantiria ao permissionário situação jurídica da mesma força que a outorgada pela concessão. Restaria saber-se o que pretendeu a Lei Magna ao se referir, além destas duas modalidades, também à *autorização*.

Nota-se que, no art. 21, para referir a outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público fez uso destas três expressões. Já no art. 175, sua dicção é específica ao dizer que: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de *concessão* ou *permissão*, a prestação de serviços públicos". Ou seja, neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

Como conciliar os preceptivos em apreço?

Revisando ponto de vista anterior, entendemos, hoje, que a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo

Estado. Já a expressão "autorização", que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, *mas não propriamente serviço público*, mas serviço de interesse privado delas próprias, tal como anotamos no n. 4 e nota de rodapé 7. Aí, então, a palavra "autorização" foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de "polícia administrativa", que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra "autorização" está utilizada também no art. 223 da Constituição.

VII. Limites constitucionais para a caracterização de um serviço como público

27. Restaria perguntar: pode o Estado qualificar – subentende-se, por via legislativa, como é óbvio – qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao "regime de Direito Público"? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma "natureza", uma "substância íntima" de serviço público?

Jèze, com acerto, sob as críticas de Duguit, embora, indicava que o reconhecimento do serviço público se faz perquirindo a "intenção dos governantes", ou seja, sua vontade de incluir, ou não, determinada atividade debaixo do regime especial, do "processo de Direito Público". Acrescentaríamos nós: desde que tal vontade haja se traduzido idoneamente em lei, pois o que interessa é a *mens legis* e não a *mens legislatoris*.

A orientação é válida se lhe foram acrescentadas, no caso brasileiro, algumas importantíssimas precisões.

28. É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, *desde que respeite os limites constitucionais*. Afora os serviços públicos mencio-

nados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à *ordem econômica*, as quais são *garantidoras da livre iniciativa*. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de "serviços" pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita.

29. Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam "atividades econômicas". Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como "serviços públicos", no que, indiretamente, gizará, *por exclusão*, a área configurada como das "atividades econômicas".

É lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu *ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade*. Por isso mesmo não é total a liberdade do Legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-o letra morta, destituído de qualquer valia e significado.

30. É importante observar que, embora o Estado possa, em certos casos previstos na Constituição, *atuar personalizadamente na esfera econômica*, como protagonista empresarial, as atividades econômicas que, destarte, desempenhe *não são qualificáveis como serviços públicos*.

A separação entre os dois campos – serviço público, como setor pertencente ao Estado, e domínio econômico, como campo reservado aos particulares – é induvidosa e tem sido objeto de atenção doutrinária, notadamente para fins de separar empresas estatais prestadoras de serviço público das exploradoras da atividade econômica, ante a diversidade de seus regimes jurídicos.[31]

31. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. II, São Paulo, Ed. RT, 1977, pp. 151-152; Eros Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 103 e ss.; e nosso "Contrato de obra pública com sociedade mista", parecer, *RDP* 74/107 e ss., ns. 12-15, assim como, alguns anos antes, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, São Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 101 e ss., 119, 122, 124, 135 e 141-143.

VIII. Serviços públicos e serviços governamentais

31. Em conclusão, e para expor de modo esquemático, pode-se afirmar: Dentre o *total* de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados. Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de Direito Público (serviços públicos), temos que nos valer de *duas ordens de indicações* contidas no Texto Constitucional.

32. A primeira delas é a de que certas atividades, como já foi exposto (ns. 17 a 20), a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: *alguns deles em todo e qualquer caso* e *outros deles apenas quando prestados pelo Estado.*

Estes últimos, de conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares*, uma vez que a Carta Magna *não limitou* a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações.

33. A segunda ordem de indicações residente no Texto Constitucional é a que consta do art. 173. De acordo com ele, ressalvados os casos de monopólio estatal estabelecidos na própria Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é admitida quando suscitada por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como tais definidos em lei.

Logo, é correto concluir que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, atividades privadas, e não serviços públicos (excetuado o caso dos serviços de educação e saúde, que, como se acaba de ver, embora também assistam no campo da atividade econômica, serão serviços públicos quando prestados pelo Estado). Assim se verifica que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica não são serviços públicos porque não competem ao Poder Público, a não ser supletivamente, e mesmo assim basicamente sob a regência do Direito Privado, circunstâncias que os apartam irremissivelmente da categoria de serviços públicos.

34. A noção de "atividade econômica" certamente não é rigorosa; não se inclui entre os conceitos chamados teoréticos, determinados.

Antes, encarta-se entre os que são denominados conceitos práticos, fluidos, elásticos, imprecisos ou indeterminados.[32] Sem embargo, como apropriadamente observam os especialistas no tema do Direito e Linguagem, embora tais conceitos comportem uma faixa de incerteza, é certo, entretanto, que existe uma zona de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto à não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza de que induvidosamente se estará perante "atividade econômica", tanto como, em inúmeros outros, induvidosamente, não se estará perante "atividade econômica".

Em suma: o reconhecimento há de ser feito ao lume dos critérios e padrões vigentes em dada época e Sociedade, ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a intelecção que nela se faz do que sejam a "esfera econômica" (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades existenciais à Sociedade em um momento dado e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua ("serviços públicos").

35. Que assim seja não deve causar surpresa alguma, pois o Direito se vale de palavras: é uma linguagem; um meio de comunicação. Como em toda linguagem, há um emissor (o legislador) e um receptor (a Sociedade), o qual lhes apreende a significação segundo a conotação e a denotação que as palavras têm em dado tempo e espaço. Esta significação está, obviamente, influída pelos fatores que influem nos homens, a saber, seus condicionantes políticos, morais, socioeconômicos, psicológicos e psicossociais. Este fenômeno é comum e inevitável. A norma jurídica, com suas palavras, persiste no mundo do "dever-ser"; os fatos e comportamentos assistem no mundo do "ser", cada qual pertencendo a um plano lógico irredutível ao outro, como ensinou Kelsen. Sem embargo, a norma existe para ser aplicada, e, para tanto, necessita ser entendida. É o problema da "interpretação", que necessariamente precede a aplicação. *A interpretação é feita por homens, que entendem as normas em função dos condicionantes aludidos. Assim, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma.* Já houve quem dissesse, em frase admirável,

32. Seria inútil pretender configurar "atividade econômica" como aquela suscetível de produzir lucro, ou como aquela que é explorada lucrativamente. Qualquer atividade (salvantes as de mera benemerência) e mesmo os serviços públicos mais típicos são suscetíveis de produzir lucro e de exploração lucrativa. Aliás, se não o fossem, não poderia existir a concessão de serviços públicos, pois o que nela buscam os concessionários é precisamente a obtenção de lucros com a exploração do serviço.

que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque *o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação*. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma "moldura".[33] Deveras, quem lhe outorga, afinal, o conteúdo específico, em cada caso, é o intérprete, ubicado no mundo do "ser" e, por isto, circunstanciado pelos fatores que daí advêm.

36. Toda a exposição feita evidentemente não se propôs, por impossível, a fornecer um arrolamento preciso dos serviços passíveis de se configurarem como públicos, mas sim a atrair atenção para o fato de que existem indicações constitucionais claras de que há (a) *certos serviços que não podem ser serviços públicos* e (b) *certos serviços que o são obrigatoriamente ou que* (c) *podem ser serviços públicos*. Entre os dois extremos (a) e (b) é que existe a margem legal para definir os *restantes serviços públicos*. Desde que não seja afrontada a orientação constitucional indicada, e o sentido corrente da locução "atividade econômica", o *legislador ordinário* poderá criar outros serviços públicos. Fica visto, pois, que existem certos serviços que podem ser nominados de *serviços governamentais*, isto é, os que correspondam à exploração de atividade econômica pelo Estado, em concorrência com os particulares ou sob regime de monopólio, mas que são perfeitamente inconfundíveis com os serviços públicos.

IX. Obra pública

Conceito

37. Obra pública – *retro* o dissemos – é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. As obras públicas podem ser executadas diretamente pelo Poder Público ou por suas entidades auxiliares, se-

33. Segundo Kelsen, a norma é uma moldura que comporta mais de uma interpretação. Ora, como não é o Direito que pode fornecer a opção entre as interpretações possíveis, resulta que esta provirá de fatores extrajurídicos e, portanto, políticos, sociológicos, morais etc., daí resultando que o autor é um dos que mais ampla e explicitamente abre portas para o reconhecimento de interferências ideológicas, quaisquer que sejam elas, na interpretação do Direito, bem ao contrário do que pensam os que lhe atribuem uma posição conservadora ou direitista.

jam elas de Direito Público, como as autarquias, sejam elas de Direito Privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista ("execução direta"). Podem, ainda – e isto é muitíssimo mais frequente –, ser contratadas com terceiros ("execução indireta") que, dessarte, as realizarão para o Poder Público ou para as citadas pessoas de sua Administração indireta. É o que resulta do art. 6º, I, VII e VIII, da Lei 8.666, de 21.6.1993, que veicula normas gerais de licitação e contratos administrativos.

Ressalte-se que, em tal caso, terá de existir, obrigatoriamente, *projeto básico*, que é o "conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, (...) e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução" (art. 6º, IX), e *subsequentemente* um *projeto executivo*, o qual pode ser desenvolvido concomitantemente com a execução da obra e que consiste no "conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT" (art. 6º, X). Registre-se que sem o projeto básico, orçamento detalhado do custo global da obra e a previsão de recursos orçamentários nem ao menos pode ser efetuada a licitação para a obra (art. 7º, § 2º, I, II e III).

Modalidades de execução indireta

38. São modalidades de execução indireta de obra, a teor do art. 6º, VIII, da Lei 8.666/1993: (1) *empreitada por preço global*; (2) *empreitada por preço unitário*; (3) *empreitada integral.*

Como bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a lei omitiu – aliás, incompreensivelmente –, entre as modalidades, a *concessão de obra pública*,[34] que ali devia constar, já que a lei brasileira a considera um contrato.

A *empreitada por preço global* é a modalidade em que se contrata a execução da obra "por preço certo e total" (art. 6º, VIII, "a"), sob responsabilidade e risco do contratado, com ressalva das hipóteses de desequilíbrio contratual oriundas de atos e fatos estranhos a ele. É a modalidade corrente de execução. A previsão de um preço total não significa que inexista especificação de preços unitários, os

34. *Direito Administrativo*, 16ª ed., Atlas, 2003, p. 287.

quais servirão de referência para os reajustes e incrementos de valor oriundos de acréscimos ou supressões, dentro dos limites legais. Outrossim, em nada interfere com o fato de que os pagamentos pela execução da obra se façam parceladamente, nas datas contratualmente prefixadas, após cada "medição". A *medição* é a conferência daquilo que foi executado dentro de um dado período de tempo.

A *empreitada por preço unitário* é aquela em que se contrata a execução "por preço certo de unidades determinadas" (art. 6º, VIII, "b"). Hely Lopes Meirelles esclarece, dizendo: "Nessa modalidade de empreitada o preço é ajustado por unidades, que tanto podem ser metros quadrados de muro levantado, como pisos distintos de um edifício, como metros cúbicos de concreto fundido, e o pagamento é devido após o recebimento de cada unidade pela Administração".[35]

A *empreitada integral* tem lugar quando se contrata um "empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação" (art. 6º, VIII, "e"). No jargão dos que operam no ramo de obras públicas costuma ser referida como *turn key*.

Obra de grande vulto

39. De acordo com a referida lei, considera-se "obra de grande vulto"aquela cujo valor estimado ultrapasse a 25 vezes o valor previsto para concorrência destinada a obras e serviços de Engenharia (estatuído no art. 23, I, "c", da mesma lei). A relevância deste conceito só se apresenta quando conjugado a outros fatores.

Assim, (a) quando se tratar de obra de grande vulto de "alta complexidade técnica", a Administração, conforme disposto no art. 30, § 8º, poderá exigir dos licitantes a "metodologia da execução" para fins de aceitá-la ou não – o que será apreciado mediante critérios objetivos, antes da análise dos preços. De acordo com o § 9º do mesmo artigo, considera-se "de alta complexidade técnica" a licitação "que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado (...)". Além disto, (b) como estatui o art. 46, § 3º, perante obras de grande vulto majoritariamente dependentes de "tecnologia nitidamente so-

35. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 269.

fisticada e de domínio restrito", cabe o uso dos critérios de julgamento de "melhor técnica" ou de "técnica e preço" (que a lei, por razões indecifráveis, denomina de "tipos de licitação" – cf. art. 45, § 1º) nas licitações em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução com repercussões significativas sobre os atributos do objeto e hajam sido deixadas à livre escolha dos licitantes. Finalmente, (c) a teor do art. 56, § 3º, diante de obras de grande vulto, de alta complexidade técnica e que, demais disto, envolvam riscos financeiros consideráveis, admitir-se-á que seja exigida prestação de garantia de até 10% do valor do contrato.

Obra de imenso vulto

40. Embora a lei não se sirva da nomenclatura utilizada, no art. 39 deu tratamento específico (que, a final, é o relevante) à hipótese de licitação ou conjunto de licitações "sucessivas ou simultâneas"[36] cujo valor estimado do objeto exceda em 100 vezes (e não 25, como na de grande vulto) o limite previsto para a obrigatoriedade de concorrência para obras e serviços de Engenharia. Tal tratamento consiste em que o procedimento licitatório será obrigatoriamente iniciado por uma *audiência pública* com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada pelos mesmos meios previstos para a licitação. Quaisquer interessados terão acesso a ela, podendo se manifestar e obter as informações pertinentes.

Garantia de execução

41. A matéria está regulada no art. 56 e parágrafos da mencionada Lei 8.666/1993. De acordo com o ali estabelecido, se o ato convocatório o previr, a Administração exigirá, no contrato de obras (e assim também nos de serviços ou compras), garantia de execução em uma das seguintes modalidades, à escolha do contratado: (a) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; (b) seguro-garantia; ou (c) fiança bancária. A garantia não poderá ser superior a 5% do valor

36. Licitações *simultâneas* são as que, tendo objeto *semelhante*, se realizem em intervalos não superiores a 30 dias; e *sucessivas* as de objeto semelhante cujo edital se publique antes de decorrerem 120 dias do término das obrigações previstas na licitação anterior. É o que está estabelecido no parágrafo único do art. 39.

do contrato, salvo tratando-se de operação de grande vulto com alta complexidade técnica e que envolva riscos financeiros consideráveis, hipótese na qual *poderá* elevar-se a até 10% do valor do contrato. A atualização da garantia far-se-á nas mesmas condições do contrato. Uma vez executado, a garantia será devolvida e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

Nos casos em que o contrato pressuponha entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia será acrescido o valor destes bens.

Fiscalização da obra

42. O contratado deverá manter na obra, para ali representá-lo na execução dela, preposto aceito pela Administração (art. 68). A Administração a fiscalizará por um seu representante especialmente designado – o qual poderá ser assistido e subsidiado por terceiros para tanto contratados –, que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e determinará as providências necessárias para regularização das faltas e defeitos observados (art. 67 e § 1º). De resto, sempre que ocorrerem vícios, defeitos ou incorreções oriundos da execução da obra ou dos materiais empregados, o contratado ficará obrigado, a suas expensas, a repará-los, corrigi-los, reconstruir ou substituir o que estiver em desacordo com o previsto (art. 69).

Recebimento da obra

43. Uma vez executado o contrato, o recebimento da obra será feito *a título provisório*, salvo se seu valor se contiver no limite previsto para as hipóteses em que a modalidade de concorrência for a do convite, pelo servidor administrativamente responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado assinado pelas partes em até 15 dias contados da comunicação escrita do contratado, e ao depois, *definitivamente*, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, uma vez decorrido prazo de observação ou vistoria que observe sua adequação aos termos contratuais, inclusive, se necessário, com reparação, correção ou substituição de defeitos ou incorreções, lavrando-se termo circunstanciado assinado pelas partes (art. 73 da Lei 8.666).

Responsabilidade pela obra

44. O contratado é responsável tanto pelos danos que cause à Administração ou a terceiros, em decorrência de culpa ou dolo na execução do contrato – não lhe valendo como escusa ou atenuante a fiscalização que sofre –, quanto pelos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato, havendo quanto a estes últimos (previdenciários) responsabilidade solidária da Administração (arts. 70 e 71 e § 2º). Lúcia Valle Figueiredo, referindo ditos artigos, afirma que a lei indevidamente olvidou o art. 37, § 6º, da Constituição, e que, por força dele, a Administração não pode se eximir de ser responsabilizada objetivamente se houver danos a terceiros, já que a obra pública é, tal como os serviços públicos, de competência dela.[37] Excelente a lembrança, mas a questão, ao nosso ver, não pode ser soluta com esta simplicidade. Cumpre distinguir na forma a seguir exposta.

Os danos que a obra causar a terceiros *durante sua execução* e que provenham de *culpa ou dolo do executor* por este deverão ser acobertados. Apenas em caráter subsidiário emergirá responsabilidade pública, justificada pelo fato de que, mesmo não os tendo produzido, se o causador não tem mais recursos econômicos para enfrentá-los, deverá acorrer aquele que ordenou a execução da obra. Se, todavia, os danos a terceiros não provêm de conduta culposa ou dolosa do executor, *mas são uma inerência da obra* – como, por exemplo, os que resultem do nivelamento de uma rua, fato do qual inexoravelmente resultará que casas à sua margem ficarão em nível mais elevado ou mais baixo –, irromperá responsabilidade objetiva do Poder Público, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição. É óbvio que se os danos não ocorrerem durante a execução da obra, mas, pelo contrário, sucederem após sua entrega ao uso do público, a responsabilidade por danos a terceiros que dela decorram será do próprio Estado, sempre a teor do art. 37, § 6º, da Constituição, sem prejuízo da ação regressiva contra seu executor, se dolo ou culpa deste houver concorrido para a eclosão do evento danoso.

37. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., Malheiros Editores, 2008, p. 541.

Capítulo XII

CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E SEUS REGIMES JURÍDICOS

I. Concessão de serviços públicos: conceito e noções gerais. II. Forma e condições da outorga do serviço em concessão. III. O prazo nas concessões e sua prorrogação. IV. Os poderes do concedente. V. Os direitos do concessionário. VI. As tarifas. VII. Os direitos dos usuários. VIII. Formas de extinção da concessão e seus efeitos jurídicos. IX. A reversão dos bens. X. Síntese da composição patrimonial no encerramento da concessão. XI. Responsabilidade do concessionário e subsidiária do Estado pelos danos a terceiros causados em razão do serviço. XII. Permissão de serviço público. XIII. Situações transitórias na Lei de Concessões. XIV. A parceria público-privada (PPP).

I. Concessão de serviços públicos: conceito e noções gerais

1. Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio,[1] por sua conta e risco, nas condições fi-

1. Foi dito que o concessionário atua "em nome próprio". Nisto modificamos e invertemos nossa anterior assertiva de que, na concessão, o serviço era prestado "em nome do Estado". Pretendíamos, então, realçar a ideia – aliás, inquestionável – de que, sendo estatal o serviço operado pelo concessionário, este não tem qualquer senhoria sobre dito serviço; donde, apenas age em lugar de outrem, por investidura outorgada pelo titular, isto é, pelo concedente. Sem embargo, rendemo-nos ao fato de que a afirmação de que o concessionário age "em nome próprio" parece ser insubstituível para realçar a diferença entre a concessão de serviço público e o simples contrato de prestação de serviços travado entre o Estado e a sua contraparte. Enquanto na concessão instaura-se uma relação jurídica por força da qual o concessionário é investido em titulação para prestar serviços *ao público*, nos simples contratos de prestação de serviços o contratado se vincula a prestar dados serviços *ao Estado* apenas. Assim, o liame contratual não extrapola as relações entre ambos; as obrigações recíprocas confinam-se ao estrito âmbito das partes que se entrelaçaram. Daí a compreensível insistência da doutrina em dizer que o concessionário age "em nome próprio".

xadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Entende-se por equilíbrio ou equação econômico-financeira, conforme conceituação feliz de Marcel Waline: "(...) a relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, *donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada*".[2]

A exploração do serviço como forma de remuneração

2. É indispensável – sem o quê não se caracterizaria a concessão de serviço público – que o concessionário se remunere pela "exploração" do *próprio serviço concedido*.

Isto, de regra, se faz, como indicado, "em geral" e "basicamente" pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. Entretanto, dita exploração poderia ser feita, em alguns casos, por outro meio. É o que sucede nas concessões de rádio e televisão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens), em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes. Não se trata de tarifas e quem paga por isto não será necessariamente um "usuário". Mas há, aí, igualmente, exploração do *próprio serviço público concedido*.

3. De outro lado, quando a exploração se faça pela cobrança de tarifas dos usuários, não há impedimento a que o concedente subsidie parcialmente o concessionário. Obviamente, também não há obstáculo a que possam ser previstas fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias, como, aliás, o admite a lei nacional de concessões, tendo em vista "favorecer a modicidade das tarifas". Daí haver-se dito que, em geral, o concessionário se remunera "basicamente" pela cobrança de tarifas, pois não é necessário que o seja exclusivamente por elas. Se, entretanto, o serviço fosse remunerado apenas por fontes estranhas à exploração do serviço, não existiria concessão de serviço público, mas modalidade contratual diversa.

2. *Droit Administratif*, 5ª ed., Paris, Sirey, 1963, p. 618 (o grifo é nosso).

4. De resto, o pagamento mediante exploração do serviço (caso da concessão de serviço ou de obra pública, bem como da permissão de serviço público) tanto como o efetuado em dinheiro pelo Poder Público – contrapartida habitual na esmagadora maioria dos contratos administrativos – não são as únicas formas jurídicas concebíveis para acobertar serviços ou obras públicas.[3]

Concessão e permissão de serviço público na Constituição e as leis editadas para cumpri-la

5. A concessão de serviços públicos mereceu atenção constitucional expressa. O art. 175 estatui: "Incumbe ao Poder Público, *na forma da lei*, diretamente[4] ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos".[5]

3. V. nosso artigo "Obras públicas a custo zero", *RTDP* 3/32 e ss., 1993, a respeito de formas alternativas de cobertura de tais dispêndios.

4. Cumpre alertar para o fato de que *prestação direta do serviço* não é tão só aquela que *materialmente* se efetua por obra imediata dos próprios órgãos administrativos ou pessoas integrantes da estrutura estatal. Se assim fosse, o Poder Público – caso não pretendesse *materialmente* prestá-lo mediante um órgão ou entidade componente de sua intimidade jurídica – teria de valer-se, obrigatoriamente, da concessão ou permissão, pois estaria impedido de concertar com terceiros um *mero contrato administrativo de prestação de serviços* – como o de coleta de lixo domiciliar, por exemplo. Nos simples contratos de prestação de serviço o prestador do serviço é simples *executor material* ***para o Poder Público contratante***. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito *diretamente relacionado com os usuários* e, de conseguinte, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado – e o faz para si próprio – é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. *Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto*, a qual apenas se serve de um agente material.

Já, na concessão, tal como se passa igualmente na permissão – *e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos* –, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de *prestador do serviço ao usuário*, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.

5. Este dispositivo refere que tanto a permissão quanto a concessão de serviços públicos far-se-ão "sempre através de licitação". Contudo, entre nós, quando se trata de concessão ou permissão de rádio ou de televisão, tal regra é inteiramente ignorada, seguindo-se, quando muito disfarçadamente, a velha tradição do mero favoritismo. Como se sabe, é grande o número de congressistas que desfruta de tal benesse. Neste setor reina – e não por acaso – autêntico descalabro. A questão é particularmente grave porque, em país de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados

Dito preceptivo, em seu parágrafo único, estabelece que: "A lei disporá sobre: I – regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – obrigação de manter serviço adequado".

que leem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente *informam* e, de outro lado, *formam*, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as "mensagens" radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, "penetram como faca quente na manteiga". Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma base cultural e ideológica medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura (capazes de, em sua mescla, engendrar um substrato de opinião dotado de alguma densidade), as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o "pensamento" dos brasileiros. Para servirmo-nos, ainda uma vez, da linguagem popular, ao gosto dos protagonistas destes meios de comunicação, eles "fazem a cabeça" da Sociedade, sem quaisquer peias, modelando, a seu talante, tanto o brasileiro de hoje como o de amanhã, pois encontram um material quase informe, pronto para ser trabalhado. Não é de estranhar a eficiência dos resultados. Trata-se de uma tecnologia do Primeiro Mundo – e muitas vezes com uma qualidade e sofisticação só ali encontráveis –, operando sobre massas do Terceiro Mundo. O sucesso eleitoral de locutores, comentaristas ou "artistas" de rádio ou televisão comprova o envolvente poder destes meios de comunicações. Acresce que, para completar o quadro confrangedor, uma única estação de televisão detém índices de audiência nacional esmagadores, ensejados pelo sistema de cadeias ou repetidoras de imagem – sistema que, aliás, constitui-se em manifesta burla ao *espírito* da legislação de telecomunicações. O pior é que não há fundamento para alimentar-se esperanças sérias de saneamento da atual situação. Pelo contrário. O tratamento escandaloso que a Constituição dispensou ao assunto revela que inexiste coragem para enfrentar ou sequer incomodar forças tão poderosas – as maiores existentes no país. Veja-se: a disciplina da matéria foi estabelecida no art. 223 da Lei Magna. Ali se estabelece que a outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização para radiodifusão sonora e de sons e imagens competem ao Poder Executivo, mas que o Congresso Nacional apreciará tais atos no mesmo prazo e condições conferidos aos projetos de lei de iniciativa do Presidente, para os quais este haja demandado urgência. A outorga ou renovação só produzirão efeitos após deliberação do Congresso. Agora, pasme-se: *para não ser renovada concessão ou permissão* é necessário deliberação de *2/5 (dois quintos)* do Congresso Nacional e *por votação nominal*! Contudo, há mais, ainda: o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o prazo (que é de 10 anos para as emissoras de rádio e de 15 para as de televisão) só poderá ocorrer *por decisão judicial*, contrariando, assim, a regra geral que faculta ao concedente extinguir concessões ou permissões de serviço público!

A título de cumprir o referido artigo, foi editada a Lei 8.987, de 13.2.1995, publicada no dia subsequente. De seu âmbito de regência, entretanto, por expressa disposição do art. 41, estão excluídas as concessões e permissões (e autorizações) para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (rádio e televisão). Trata-se de lei nacional.

Cabe anotar que, no mesmo dia em que foi publicada, sofreu acréscimos ou alterações estabelecidas pela "inconstitucionalíssima" MP 890, de 14.2.1995, publicada no *DOU* desta data,[6] a qual foi sucedida por numerosas outras, até que a última delas veio a ser convertida na atual Lei 9.074, de 7.7.1995. Nela se cuida – não só, mas sobretudo – de concessões de energia elétrica.[7]

6. A expressão de que nos servimos para qualificar a ostensividade da afronta à Constituição é obviamente imprópria, dada a impossibilidade de existirem graus na inconstitucionalidade. Utilizamo-la apenas para salientar o caráter espantosamente atrevido e petulante da agressão à Lei Magna. Com efeito, sobre ser de meridiana clareza a ausência dos pressupostos excepcionais que ensejariam edição de medida provisória, o Executivo, como que pretendendo alardear seu completo desprezo pelas limitações constitucionais na matéria, deu-se ao requinte de editá-la e publicá-la *no mesmo dia de publicação da lei*, agregando, de par com outros, preceptivos procrastinadores da imediata aplicabilidade de disposições legais que alcançariam, de logo, concessões e permissões padecentes de situação irregular. E, tudo isto, de fora parte inconstitucionalidades residentes também no conteúdo de algumas de suas estatuições.

Aliás, o Brasil havia se transformado, grotescamente, no único país do mundo governado a prestações mensais, geralmente iguais e sucessivas, isto é, por "medidas provisórias", dado o uso manifestamente inconstitucional que delas se fazia, sob as vistas indiferentes tanto do Parlamento quanto de toda a Sociedade brasileira. É esta a noção de segurança jurídica que vigorava no país. E a ninguém causava estranheza... Depois da superveniência da Emenda Constitucional 32, ficou estampado o óbvio, que o Supremo Tribunal Federal, entretanto, timbrava em ignorar, ou seja: não são admitidas reedições de medidas provisórias.

7. O principal objetivo das medidas provisórias convertidas na Lei 9.074 foi disciplinar o tema das concessões de energia elétrica e oferecer fórmulas e soluções para situações pendentes, assim como respaldar situações irregulares ou irregularmente constituídas, sem prejuízo de conter também outros dispositivos que extrapolaram este âmbito e são até mesmo úteis em tema de energia elétrica ou não.

Em despeito de falhas, sobretudo técnicas – e às vezes graves –, que lhes possam ser apontadas, tanto a Lei 8.987 quanto a Lei 9.074 traduzem, em sua concepção fundamental, virtudes inequívocas, merecedoras dos mais assinalados encômios. Assim, em atitude inovadora, colocam o concessionário na posição de quem se obriga a proceder de maneira efetivamente empresarial, assujeitado, salvo quando impossível, a um regime de competição, forçando-o a assumir os riscos inerentes a qualquer empreendedor e incitando-o, sob pena de malogro, aos mesmos empenhos de eficiência e produtividade inerentes à disputa corrente da atividade econômica (cf., notadamente, arts. 11 e 16 da Lei 8.987 e arts. 12, 15 e 16 da Lei 9.074). De outro lado, fornecem-lhe garantias de que o Poder Público não poderá atuar de maneira capricho-

6. O *válido* objeto destes diplomas é a disciplina básica dos sobreditos institutos, e não – obviamente – ingerir (o que seria manifestamente inconstitucional) nas decisões estaduais ou municipais sobre a conveniência ou a *possibilidade* de efetuarem ou dilargarem a concessão de tal ou qual serviço, assuntos, estes, pertinentes à autonomia constitucional das sobreditas pessoas.

7. A referida Lei 8.987 distingue a *concessão* em concessão *precedida de obra pública* e concessão *não precedida de obra pública* e *define* cada uma destas espécies (art. 2º e seus incisos).

No inciso II indica o que se há de entender por concessão de serviço público, devendo-se dele extrair que ali está a formular o conceito legal de *concessão não precedida pela execução de obra pública*, visto que no inciso III enuncia o conceito de *concessão precedida da execução de obra pública*.

Impropriedade das definições legais

8. Segundo os termos normativos: "Para os fins do disposto nesta Lei" (art. 2º, II), considera-se concessão de serviço público (não precedida de obra pública) "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

Já, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública (art. 2º, III) é "a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou obra por prazo determinado".[8]

sa, voluntarística ou irresponsavelmente gravosa aos interesses da contraparte, seja no que concerne ao equilíbrio econômico-financeiro (arts. 9º e §§ 2º, 3º, e 4º, 18, VIII, e 23, IV), seja no que respeita ao exercício dos poderes de controle ou de retirada da concessão (cf., notadamente, arts. 33, 34, 35, § 4º, 36, 37 e 38, §§ 2º, 3º e 4º).

8. Teria sido preferível que a lei houvesse mencionado o termo genérico "outorga" da prestação do serviço, ao invés de falar em "delegação". É que esta última ex-

9. Ambos os conceitos (concessão precedida e não precedida de obra pública) padecem de qualidade técnica lastimável. Desde logo, incluem na caracterização das figuras delineadas elementos que são requisitos de sua *válida formação* (ser realizada mediante licitação na modalidade de concorrência e outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento), mas, evidentemente, não são requisitos de existência, isto é, relativos à sua mera composição jurídica.

Donde, uma vez que, "para os fins do disposto na lei", considera-se concessão a "delegação" que responda a tais exigências, da literalidade de seus termos adviria, inadmissivelmente, que a "delegação" que as descumprisse não seria concessão e, pois, que estaria à margem da disciplina estabelecida pela sobredita lei; órfã de qualquer disciplina conhecida.

Demais disto, no conceito de concessão *não precedida de obra pública* deixou-se de referir de modo claro e explícito o elemento que é condição *sine qua non* para caracterizá-la, a saber: o de que o beneficiário da "delegação" efetuada remunerar-se-ia *pela própria exploração de tal serviço*, traço, este, que a distingue do mero contrato administrativo de prestação de serviços. Vale dizer: se se recebe o conceito tal como formulado, o contrato de prestação de serviços – como, por exemplo, o de coleta de lixo, remunerado pelo própria entidade contratante mediante pagamentos predeterminados – poderia ser confundido, por um intérprete desavisado, com uma concessão de serviços públicos.[9] Cumpre, entretanto, reconhecer que a definição fala em "(...) realização por sua conta e risco", no que está implícita a ideia de exploração do serviço.

pressão, como bem se vê na linguagem constitucional, quadra melhor para designar a investidura no desempenho de atividade *jurídica* – e não de atividade *material* (caso da concessão). De fato, o art. 236 da Lei Maior serve-se da voz "delegação" para atividades eminentemente jurídicas, as notariais e de registro, ao passo que no art. 21, XI e XII, refere concessão para serviços materiais como os telefônicos, telegráficos, de radiodifusão, de telecomunicações em geral, de produção de energia elétrica e de transportes. Aliás, este é o menor dos reparos a ser feito ao teor das definições legais.

9. Trata-se de uma falta de clareza na caracterização da concessão. Devemos nos penitenciar por já termos, certa feita, incorrido em falha similar e mais grave, pois, em face de minuta de anteprojeto de lei que nos foi submetido a exame – e que é a origem remotíssima da atual lei –, ao censurarmos o artigo que a definia, sugerimos uma definição alternativa incursa em total omissão do elemento que aparta a concessão da generalidade dos contratos administrativos: a exploração do serviço pelo concessionário.

De outro lado, no conceito de concessão de serviço público *precedida de obra pública* incluiu-se outra figura, notoriamente distinta da concessão de serviço, qual seja: a da concessão de obra pública. Com efeito, na parte final do inciso III do art. 2º foi mencionado "exploração do serviço *ou da obra*". A exploração de obra pública, decorrente de concessão dela (sabe-o qualquer pessoa mediocremente versada na matéria), configura *concessão de obra pública*, e não concessão de serviço público. Assim, a lei fez evidente confusão entre os dois institutos.

10. Em suma: para não se chegar a conclusões absurdas – o que é defeso ao exegeta –, o melhor é ignorar o conceito legal de concessão de serviço público não precedido de obra pública. Deve-se tomá-lo como um dispositivo cujo préstimo é o de indicar requisitos de válida formação de uma concessão de serviço público – reconhecível esta na conformidade da acepção que correntemente tem na doutrina, e não na conformidade da desastrada caracterização formulada no art. 2º, II. Equivalentes reparos valem para o conceito de concessão de serviço público precedida de obra pública, acrescendo-se a necessidade de esclarecer que sob tal designação normativa estão impropriamente compreendidas ora uma concessão de serviço público, ora uma concessão de obra pública, conforme se trate de "delegação" para explorar *serviço* ou "delegação" para explorar *obra*, objetos perfeitamente distintos e discerníveis (cf. Capítulo XI, ns. 8 e 9).

11. Cumpre, outrossim, não confundir concessão de serviço público e concessão de *uso de bem público*, com o fito de explorá-lo.

Só se tem concessão de *serviço público* – e o próprio nome do instituto já o diz – quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de *atividade* a ser *prestada* ***universalmente ao público em geral***. Pode ocorrer que, para tanto, o concessionário ancilarmente necessite usar de um bem público (como, por exemplo, quando instala canalizações ou postes no subsolo e nas vias públicas, respectivamente), mas o objeto da concessão é o serviço a ser prestado.

Diversamente, a concessão de *uso* pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração *não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências* ***do público em geral***, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. O objeto da relação não é, pois, a prestação do serviço à universalidade do público, mas, pelo contrário, ensejar um uso do próprio bem ou da exploração que

este comporte (como sucede com os potenciais de energia hidroelétrica) para que o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que o comercialize limitadamente com alguns interessados. A Lei 9.074, de 7.7.1995, no art. 5º, II e III, expressamente contempla ditas hipóteses, tanto sob a forma de concessão de uso de potenciais hidráulicos para produção de energia elétrica para consumo próprio como para o que denominou produção "independente", explicitando no art. 13 que, *in casu*, se trata, também, de uma concessão de uso.[10]

10. Quando a concessão de uso de bem público destina-se a suprir unicamente *interesses específicos do próprio beneficiário da concessão*, o proveito captado, a utilidade extraída, o é para ser absorvido pelo próprio concessionário. É bem de ver que, *in casu*, o que o concessionário pretende e o que o Poder Público acede em conferir-lhe é o *uso extraível do bem público*, que o próprio interessado explorará para si, normalmente, em caráter exclusivo. A exploração que fará é meio para desfrutar das virtualidades contidas no bem, sendo estas o fim objetivado. É o que se passa quando o Poder Público outorga a uma empresa concessão para exploração de potencial hidráulico para fins de produzir energia elétrica exclusivamente para alimentar a própria ou as próprias indústrias. Em casos deste jaez, sua distinção da concessão de serviço público será particularmente nítida, pois, aí, o bem oferecido ao concessionário o é como base geradora de um *bem de consumo seu*, ao passo que na concessão de serviço público – quando pressuposta a utilização de um bem público – este aparece como um bem *de produção*, ou seja, enquanto condição necessária para instrumentá-lo à prestação à ***coletividade*** *daquele serviço concedido*.

Outras vezes, todavia, a concessão de uso de bem público é outorgada para que o concessionário comercialize o resultado de sua exploração (e não para que esgote consigo mesmo a utilidade material dela resultante), fazendo-o, contudo, *sem o caráter de oferta ao público efetuada com a universalidade característica da concessão de serviço público*.

Neste último caso, tal como está regulada na lei (inciso III do art. 5º da Lei 9.074) sob a designação de "produtor independente", efetivamente há um certo hibridismo na figura composta. Isto porque tal concessionário, conforme o art. 12 da mesma lei, pode vender a energia produzida a (I) concessionário de serviço público de energia elétrica; (II) consumidores com carga igual ou superior a 10.000kw, atendidos em tensão igual ou superior a 69kw, que queiram com ele contratar, bem como novos consumidores, que com ele desejem contratar, cuja carga seja maior ou igual a 3.000kw, em qualquer tensão; (III) consumidores de energia integrantes de complexo industrial ou comercial aos quais o produtor já forneça vapor oriundo de processo de cogeração; (IV) conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição e (V) *qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local assegurado o fornecimento no prazo de até 180 dias contado da respectiva solicitação*. É claro que esta última hipótese, sobretudo, aproxima a concessão de uso da concessão de serviço público. Nas hipóteses previstas nos ns. I, IV e V a venda se fará a preços obedientes aos critérios gerais fixados pelo concedente (parágrafo único do art. 12).

Natureza dos serviços suscetíveis de serem concedidos

12. Só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e *como privativo do Poder Público*.[11]

Em rigor, por ser público e privativo do Estado, o serviço é *res extra commercium*, inegociável, inamovivelmente sediado na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular.

Só as pessoas de natureza pública podem ser titulares, ter como próprias as atividades públicas. Um particular jamais poderá reter (seja pelo tempo que for) em suas mãos, como senhor, um serviço público. Por isso, o que se transfere para o concessionário – diversamente do que ocorre no caso das autarquias – é tão só e simplesmente o *exercício* da atividade pública.[12]

O Estado mantém, por isso mesmo, sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí se segue que o concessionário o desempenhará se, *quando, como e enquanto* conveniente ao interesse público.

Além disto, para que possa ser objeto de concessão é necessário que sua *prestação* não haja sido *reservada exclusivamente ao próprio Poder Público*. Esta é, constitucionalmente, a situação do Serviço Postal e do Correio Aéreo Nacional. Isto porque a Constituição, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras "a" a "f"), diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente "ou mediante autorização, concessão ou permissão". Diversamente, ao referir, no inciso X, o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.

11. Por isto não caberia cogitar de outorga de concessão a alguém para que preste serviços de saúde ou de educação, já que nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado. *Quando desempenhadas por ele*, submetem-se ao regime próprio dos serviços públicos, mas, consoante deixamos registrado no Capítulo XIV, n. 19, seu desempenho é "livre" para os particulares, na forma do disposto, respectivamente, nos arts. 199 e 209 da CF.

12. É Zanobini quem, com magistral proficiência, observa, a propósito dos particulares investidos de poderes públicos: "di tali poteri questi soggetti non hanno mai la titolarità, ma possono avvere soltanto l'esercizio, in forza di una concessione fatta dello Stato e sempre da questo revocabile senza che l'ente venga meno" (Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, CEDAM, 1944, p. 139).

Por força disto, tem-se de considerar que é manifestamente inconstitucional o disposto no art. 1º, inciso VII, da Lei 9.074, de 7.7.1995, nela inserido pela Lei 9.648, de 27.5.1998. Dito inciso inclui os serviços postais entre as atividades passíveis de permissão ou concessão, o que, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, ofende a Lei Maior.

Natureza jurídica da concessão de serviço público e suas consequências

13. A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.[13]

Sem embargo do que se vem de dizer, no Direito brasileiro a concessão de serviço público tanto como a de obra pública são pura e simplesmente nominadas de contratos administrativos.[14]

13. Sobre a natureza jurídica da concessão e as várias teorias que procuram explicá-la, v. o exaustivo estudo em que o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tratando *ex professo* da matéria, analisa todas as correntes de pensamento até hoje apresentadas, concluindo que se trata de um ato complexo, envolvendo um ato-união e um contrato de Direito Privado, no que concerne à equação econômico-financeira. Referido estudo foi publicado na *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, II, ano III, 1951, sob o título "Natureza jurídica da concessão de serviço público".

Sem embargo, cumpre ressaltar que, no Direito brasileiro, a concessão, e especificamente a de serviço público, tem sido sempre nominada, ainda que impropriamente, de *contrato*, quer na doutrina, quer nos textos positivos. Quanto a estes, é o que ocorre, *e.g.*, na própria Constituição (art. 175, parágrafo único) e na Lei 8.987, de 13.2.1995, diploma que regula o instituto entre nós.

14. É claro que isto sempre foi feito copiando o que dizia a doutrina francesa. Esta, todavia, já não mais sustenta o sobredito erro. Assim, por exemplo, em seu *Droit Administratif* (14ª ed., Dalloz, 1992, pp. 402-403) Jean Rivero e Jean Waline averbam: "O ato de concessão, no século XIX, era considerando como integralmente contratual. Mas, à medida em que se desenvolvia a teoria do serviço público e que se tomava melhor consciência de suas exigências, a jurisprudência e a doutrina reviram esta conclusão. Atualmente consagram o princípio da dupla natureza do ato de concessão, e portanto, da situação que daí decorre". René Chapus ensina: "Pode ocorrer que um ato seja, por uma parte unilateral e por uma parte contratual e, assim, mereça

14. Para o concessionário, a prestação do serviço é um *meio* através do qual obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é *meio* por cuja via busca sua *finalidade*, que é a boa prestação do serviço.[15]

O regime da concessão procede da lógica da situação instaurada nestes termos.

Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão, pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário.

A este, por seu turno, caberão todas as garantias atinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro avençado por ocasião da concessão, pois foi o que através dela buscou. Daí que, embora o Estado possa modificar unilateralmente as condições do serviço, deverá preservar o equilíbrio econômico quando as alterações que introduzir agravarem a situação do concessionário.[16]

plenamente a qualificação de ato misto. (...). É notadamente o caso dos contratos de concessão de serviços públicos ou de obras públicas" (*Droit Administratif Général*, 6ª ed., t. 1, Ed. Montchrestien, 1992, p. 369). Há muitíssimos anos Laubadère também registrara esta guinada nos seguintes termos: "Até o começo do século XX o caráter convencional da concessão havia mascarado sensivelmente a presença do serviço público (...). Criticada pelos grandes autores do direito administrativo moderno (Hauriou, nota ao § 1.904, 3, 81; Duguit, *Traité*, I, p. 420; Jèze, *RDP*, 1910, p. 270) a concepção puramente contratual está hoje e de há muito abandonada. (...). Se a concessão não é pura e simplesmente um contrato daí não resulta que ela não o seja sob nenhum aspecto. A concessão de serviço público é, com efeito, um ato misto, meio regulamentar, meio contratual. Esta ideia é hoje unanimemente admitida" (*Traité de Droit Administratif*, 7ª ed., LGDF, 1976, pp. 628-629). Assim, mais uns 30 anos, talvez, e no Brasil tomar-se-á acordo do equívoco e far-se-á sua devida correção.

15. Ao propósito, Zanobini expõe, com perfeição: "(...) nel soggetto privato, il fine, che questo si propone nell'esercizio della pubblica funzione, è distinto dal fine statuale a cui questa funzione provvede, perchè è un fine privato, di solito un fine di lucro. Si può dire, anzi, che il servizio pubblico, o la pubblica funzione, serve di mezzo al privato per conseguimento di questo suo fine personale" (*Corso* ..., cit., vol. I, p. 181).

16. Caio Tácito, em trabalho notável sobre "O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público", no qual estuda magistralmente o problema ao lume dos vários sistemas jurídicos, entre as conclusões formuladas ao final, enuncia as seguintes:

"I – O equilíbrio financeiro é condição essencial de legalidade na concessão de serviço público, cabendo ao Estado o dever de sua preservação.

"II – Sempre que o Estado modificar, unilateralmente, os encargos do concessionário (regra da mutabilidade do contrato administrativo), é obrigado a compensar, mediante revisão da tarifa ou sob forma de contribuição financeira direta, o abalo da parte econômica da concessão."

Em suma: o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro.

15. Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas à *organização*, ao *funcionamento* do serviço, ao *prazo* da concessão e às *tarifas* que serão cobradas; esta é a parte *mutável* na concessão por ato exclusivo do Estado. Mais adiante esclarecer-se-á como e por que prazo e tarifas incluem-se na parte regulamentar, mutável, ainda que tenham repercussão sobre a equação econômico-financeira (v. ns. 36 e 58).

O aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente. Dita equação é a expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo.

Igualmente imutável é o próprio objeto material da concessão, isto é, o tipo de serviço concedido, no que se inclui a *modalidade técnica genérica* segundo a qual será prestado.[17]

II. Forma e condições da outorga do serviço em concessão

16. A outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize. Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe.

Ademais, como é sabido e ressabido, a atividade administrativa marca-se por sua integral submissão ao princípio da legalidade. Daí

O estudo em apreço, de admirável elaboração, encontra-se publicado na *RDA* 64/15 e 65/1.

17. Assim, o concessionário de serviço de iluminação pública a gás não pode ser compelido a modificar-lhe o sistema de prestação para iluminação por energia elétrica. A concessão de geração de energia elétrica não impõe para o concessionário a obrigação de modificá-la para geração de energia atômica, se o concedente desejar a mudança do sistema de geração de energia.

o haver afirmado, com absoluta exatidão, o ilustre Seabra Fagundes que "administrar é aplicar a lei de ofício".[18] E Fritz Fleiner, em assertiva de extrema felicidade, esclareceu que "Administração legal significa, então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições".[19]

Assim, cumpre que a lei fundamente o ato administrativo da concessão, outorgando ao Executivo competência para adoção desta técnica de prestação de serviço. Nada impede, todavia, que a lei faculte, genericamente, a adoção de tal medida em relação a uma série de serviços que indique.

17. A Lei 8.987, de 13.2.1995, não menciona a necessidade de lei autorizadora; nem por isto poder-se-ia prescindir de tal exigência. Cumpre referir, entretanto, que a Lei 9.074, de 7.7.1995, em seu art. 1º, fez um arrolamento de serviços passíveis de serem concedidos, e no art. 2º deixou estampadamente claro ser vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios outorgarem concessão ou permissão *sem lei que as autorize e fixe os respectivos termos*, ressalvando apenas os casos de saneamento básico e limpeza urbana e as autorizações já constantes seja das Constituições ou das respectivas Leis Orgânicas.[20] Este mesmo art. 2º, em seus §§ 2º e 3º, enumera atividades que ora independem de concessão, permissão ou autorização, ora independem de concessão ou permissão.[21]

18. A concessão, tal como a permissão, nos termos do art. 16 da Lei 8.987, será outorgada – e, pois, destarte, licitada – *sem exclusividade*, admitindo-se, entretanto, a adoção do *regime de exclusividade* quando a primeira solução for inviável por imposição técnica ou econômica.

18. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., 1967, p. 16.

19. *Principes Généraux de Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87.

20. A MP 890, de 14.2.1995, publicada no *DOU* desta data – a mesma da Lei 8.987 –, tanto como suas reproduções mensais, e que foi convertida na Lei 9.074, de 7.7.1995, já indicava serviços passíveis de serem concedidos (a MP 890, posteriormente foi convertida na Lei 9.074, de 7.7.1995).

21. De acordo com o § 2º, o transporte rodoviário de cargas independe de concessão, permissão ou autorização; a teor do § 3º, o transporte aquaviário de passageiros, salvo entre portos organizados, o rodoviário e aquaviário de pessoas, realizados por operadoras de turismo no exercício desta atividade, e o de pessoas, em caráter privativo, de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular, independem de concessão ou permissão.

Nesta segunda hipótese, tal circunstância terá de ser justificada e constará de ato publicado nos termos do art. 5º da Lei 8.987, segundo o qual os editais de licitação de concessões e permissões serão sempre precedidos de ato que justifique a conveniência de outorgá-las e caracterize seu objeto, área e prazo.

Licitação das concessões

19. A existência da pertinente autorização legislativa produzida nas distintas esferas competentes (federal, estadual, municipal e distrital), como é óbvio, não libera a Administração para escolher, a seu líbito, o concessionário que deseje. Deverá proceder a uma licitação a fim de que se apresentem os interessados, selecionando-se aquele que oferecer condições mais vantajosas. É o que, como já se disse, está expressamente previsto no dantes mencionado art. 175 da Constituição.

20. A Lei 8.987 estabelece, em seu art. 2º, como já se viu, que a modalidade licitatória própria das concessões de serviço público (e de obra pública) é a *concorrência*.

Ressalve-se, apenas, que a já referida Lei 9.074, de 7.7.1995, prevê, com ressalva dos serviços de telecomunicações, duas possibilidades de licitação na modalidade de leilão: ambas concernentes a hipóteses em que o serviço público esteja em mãos de empresas estatais e se pretenda deslocá-lo delas.[22]

21. A licitação, como, de resto, o menciona o art. 14 da Lei 8.987, realizar-se-á na conformidade do regime próprio de tal instituto, isto é, *o previsto na Lei 8.666*, de 21.6.1993, atualizada pela Lei 8.883, de 8.6.1994, *de par com algumas adaptações óbvias, e o acréscimo de certas peculiaridades*, nem sempre prezáveis.

Assim, o edital, conforme o art. 18-A, introduzido pela Lei 11.196, de 21.11.2005, pode prever a inversão da ordem das fases de

22. Uma quando se trata de outorgar nova concessão ou prorrogar concessões existentes, mediante privatização, isto é, com alienação do controle delas; outra, no caso de empresas incluídas no Programa Nacional de Privatização, em que, *sem alienação das cotas ou ações representativas de seu controle*, opera-se, por leilão, o simples trespasse da "concessão", outorgando-a como concessão nova. É o que estabelecem o art. 27, I, e o art. 29 da referida lei. O mesmo procedimento é facultado para as empresas estatais controladas por Estados, Distrito Federal e Municípios no âmbito dos respectivos serviços, a teor, respectivamente, do § 3º do art. 27 e do art. 30.

habilitação e julgamento, caso em que após a classificação é que será examinada a habilitação daquele que se classificou em primeiro lugar. Se for inabilitado, examinam-se os documentos do segundo colocado, e assim sucessivamente, caso necessário, até que um deles haja atendido aos requisitos editalícios. "Proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas."

Novidade lamentável e, ao nosso ver, grosseiramente inconstitucional é o disposto no art. 23-A, também incluído pela referida Lei 11.196. De acordo com ele, conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato podem ser solvidos por mecanismos privados, inclusive por arbitragem, que deverá ser efetuada no Brasil e em língua portuguesa. É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um "contrato" de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à intelecção proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. Disparate de um tão desabrido teor só poderia ser concebido no dia em que se reputasse normal que os motoristas multassem os guardas de trânsito, que os contribuintes lançassem tributos sobre o Estado e os cobrassem executivamente ou em que os torcedores, nos estádios de futebol, colocassem ordem nas forças da polícia, dissolvendo algum ajuntamento delas.

22. Ponto diferencial significativo entre as normas da Lei 8.987 e as da Lei de Licitações (evidentemente, no que concerne à escolha do concessionário) reside no critério de julgamento do certame.

Diferentemente dos previstos na Lei de Licitações (e nela caracterizados sob a rebarbativa denominação de "tipos" de licitação), na Lei de Concessões, conforme seu art. 15, com as alterações que lhe trouxe a Lei 9.648, de 27.5.1998, adotar-se-á, para o julgamento, um dos seguintes critérios: "I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II – a maior oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV – a me-

lhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V – a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI – a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão, com o de melhor técnica; VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas".

Há, em relação ao item II (*maior oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão*) e, consequentemente, nos item III, VI e VII, que também lhe fazem menção, a necessidade de uma interpretação restrita, para que os preceptivos em causa não sejam acoimados de inconstitucionais por incursos em *desvio de poder*. Por certo, os responsáveis por ele (talvez economistas ou administradores públicos) não tinham preparo jurídico suficiente para perceberem este vício em que estavam incorrendo. É que serviço público, por definição, existe para satisfazer necessidades públicas e *não para proporcionar ganhos ao Estado*. Aliás, esta mesma Lei 8.987, em seu art. 6º, após considerar que toda concessão ou permissão pressupõe serviço adequado, no § 1º dele, esclarece que serviço adequado é o que satisfaz, entre outras condições, a "modicidade das tarifas", a qual, de resto, é um princípio universal do serviço público. Assim, serviço público desenganadamente não é instrumento de captação de recursos para o Poder Público. Este não é um capitalista a mais no sistema. Os recursos de que necessita para cumprir suas missões (inclusive a de prestar serviço público) são captáveis pela via tributária ou pela emissão de títulos. Atribuir peso importante à maior oferta de candidato à prestação de serviço público é contribuir para que este ofereça *tarifa maior*, embutindo nela o custo em que terá de arcar com sua oferta, o que é a antítese do desejável.

Sem embargo, haverá casos absolutamente incomuns em que a remuneração do concessionário não se faz por tarifa: é o caso do rádio e da televisão, em que o serviço é custeado e remunerado por anúncios publicitários. Nesta hipótese, como não entra em pauta o tema *tarifa* e como o Poder Público irá proporcionar ao concessionário que ganhe dinheiro com o serviço (eventualmente até fortunas) é razoável que o faça retribuir por isto, sem estar incorrendo em atitude contraditória e maculada de desvio de poder.

De acordo com o § 1º, só se admitirá a aplicação do critério previsto no inciso III quando previamente estabelecida no edital,

dele constando regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira. O § 2º estabelece que, para fins de aplicação dos critérios previstos nos incisos IV, V, VI e VII, o edital conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas; e o § 3º dispõe que serão recusadas as propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

Em caso de empate terão preferência as empresas brasileiras (art. 15, § 4º).

Merecem ser referidos, ainda, os seguintes pontos diferenciais ou, ao menos, típicos das licitações de concessões e permissões de serviço público. Vejam-se.

23. Consoante já se averbou, previamente ao edital de licitação de concessões de serviço público e permissões de serviço público (ou de obra pública), o poder concedente deverá publicar ato justificando a conveniência da outorga de concessão (ou permissão) e caracterizando seu objeto, área e prazo (art. 5º da Lei 8.987).

24. Nas licitações para concessões e permissões de serviço público (tanto como de uso de bem público) os autores ou economicamente responsáveis pelo projeto básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, do certame ou da execução das obras (art. 31 da Lei 9.074, de 7.7.1995), ao contrário do regime geral de licitações estabelecido no art. 9º da Lei 8.666, de 21.6.1993.

25. Outra peculiaridade a ser ressaltada é a de que, nos certames em que se permita a participação de empresas em consórcio, o poder concedente pode, desde que previsto no edital, exigir que o consórcio vencedor se constitua em empresa antes da celebração do contrato (art. 20 da Lei 8.987).

26. Vale anotar, ainda, que o edital terá de indicar, em sendo o caso, "as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados" (art. 18, VI, da Lei 8.987). Trata-se, aí, de situação em que tenha sido acolhida a possibilidade aberta no art. 11 da lei, segundo o qual: "No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o concedente prever, em favor da concessionária, a possibilidade de outras receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, *com vistas a favorecer a modicidade das tarifas*".

Estas possíveis fontes alternativas são as mais variadas. Sirvam de exemplo as de explorar o espaço adjacente ou o subsolo com a instalação de diferentes empreendimentos comerciais, quais estacionamentos, supermercados, *shopping centers*, restaurantes, *fast foods*, lojas, galerias, postos de gasolina, de manutenção e reparação de veículos etc.

27. Do edital – no qual se indicam as principais disposições que conterá – deverá constar a descrição das condições necessárias à *prestação adequada do serviço* (art. 18, II).

A lei, evidentemente, pretende que seja prestado aos usuários um *serviço adequado*, o qual é um verdadeiro "pressuposto" de qualquer concessão ou permissão (art. 6º). Segundo seus termos, adequado é o serviço que satisfaz as condições de "regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (§ 1º). Evidentemente, com a expressão "atualidade", a lei quis se referir a serviço "atualizado", mas valeu-se de palavra inadequada. De acordo com a noção que formulou: "A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço" (§ 2º).

A falta de serviço adequado poderá ensejar intervenção do poder concedente na empresa concessionária (art. 32) e/ou acarretar decretação da extinção antecipada da concessão por inadimplência do concessionário, providência cabível, entre outros casos, quando "o serviço estiver sendo prestado *de forma inadequada* ou deficiente, *tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço*" (art. 38, § 1º, I).

28. Cumpre, ainda, fazer uma observação sobre a regra veiculada nos §§ 1º e 2º do art. 17 da mesma lei, que poderiam ensejar a suposição de um alcance mais dilatado do que efetivamente lhes cabe. De acordo com o § 1º, será "desclassificada a proposta de entidade estatal *alheia à esfera político-administrativa do poder concedente* que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do Poder Público controlador da referida entidade". Entre elas inclui-se, conforme o § 2º, tratamento tributário diferenciado, ainda que por força da natureza do licitante.

Estes dispositivos só podem estar volvidos a regular hipóteses em que o poder concedente seja *federal* e a concessão esteja a ser disputada tanto por licitantes particulares quanto por *entidade go-*

vernamental do Estado ou Município (ou do Distrito Federal) ***onde será prestado o serviço.***[23]

29. A Lei 9.074, de 7.7.1995, em seu art. 32, cria um novo caso de dispensa de licitação, isto é, hipótese não arrolada entre as previstas na Lei 8.666. Ali se dispõe que as empresas estatais que partici-

23. Isto porque nem Estado nem Município (ou Distrito Federal) – e, portanto, nenhuma de suas respectivas estatais – teriam, constitucionalmente, interesse *juridicamente válido* que lhes permitisse disputar serviços públicos *fora dos próprios territórios*, pois suas capacidades jurídico-administrativas cifram-se às suas correspondentes órbitas territoriais. Além disto, as leis criadoras de tais empresas governamentais, e que, pois, lhes definem as finalidades e delimitam o objeto social, obviamente não lhes terão conferido aptidão jurídica senão nestes mesmos termos. Logo, sem violá-las, não teriam como disputar certames licitatórios fora de suas circunscrições.

De outro lado, também não se lhes poderia reconhecer um legítimo interesse de mera exploração econômica do objeto posto em certame. Com efeito, mesmo reconhecendo-se que, ao ser colocada em disputa a *prestação do serviço público*, tal prestação assumiria, *para os concorrentes*, a feição de um objeto *suscetível de exploração com fins econômicos* e mesmo reconhecendo-se, também, a possibilidade de entidades estaduais ou municipais (ou distritais) atuarem no campo da exploração de atividade econômica – seara em princípio reservada à iniciativa privada –, ainda assim persistiria a impossibilidade jurídica aventada. É que jamais seria de admitir que entidades governamentais de Estados e Municípios (ou Distrito Federal) exercessem exploração de atividade econômica fora da esfera pertinente a cada qual, pois mesmo dita exploração *só seria justificável na medida em que se constituísse em meio requerido para preencher uma insuficiência (econômica) gravosa ao* ***próprio Estado, Município ou Distrito Federal.*** Note-se que, *in casu*, não se poderia falar em insuficiência econômica – e nem mesmo do Estado (ou Município ou Distrito Federal) onde seria prestado o serviço –, pois estaria em causa um serviço público; não uma atividade econômica. E tudo isto sem se falar nas sérias restrições impostas no art. 173 da Constituição de 1988 à possibilidade de o Poder Público de atuar como empresário, isto é, como agente interessado em exploração econômica (cf. Capítulo XIII, n. 26).

Registre-se que, *mutatis mutandis*, por razões análogas, também as estatais da União estariam obstadas de disputar concessões de serviços públicos pertinentes a Estados, Municípios ou Distrito Federal. Com efeito, a União nada tem a ver com serviços públicos alheios. Assim, a presença de alguma estatal sua nesta esfera só poderia surgir a título de colaboração, por força de algum convênio e sem nenhum interesse lucrativo (o que excluiria liminarmente a hipótese de licitação). Demais disto, seria evidentemente descabida tal presença com intuitos lucrativos, porque não é finalidade sua disputar proveitos meramente empresariais extraíveis à custa de Estados, Municípios ou Distrito Federal, sobreposse quando em pauta a prestação de serviços públicos, isto é, fundamentais para a coletividade. Derradeiramente, é certo que não haveria espaço para que aí atuasse como agente interessado na esfera econômica, pois sua presença em tal setor só poderia estar governada pelo propósito de preencher lacunas ou insuficiências econômicas cujo suprimento seja desejável para o desenvolvimento do País.

pem na qualidade de licitantes de concorrência para concessão ou permissão de serviço público poderão, para compor suas propostas, colher preços de terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação. Ditos pré-contratos conterão cláusula resolutiva para a hipótese de outrem ser o vencedor do certame (§ 1º do mesmo artigo).

O que, na verdade, aí está estabelecido é que a estatal vencedora do certame ficará dispensada de licitação para contratar bens e serviços com este terceiro que haja previamente escolhido para colher os preços em função dos quais efetuou sua proposta.

Ora, quando o Texto Constitucional, no art. 37, XXI, estabelece que "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", obviamente colocou tal dever como regra que só poderia ser excepcionada em situações que justificassem amplamente o afastamento da exigência constitucional. Ou seja, o legislador não pode a seu bel-prazer ficar criando hipóteses liberadoras de licitação, pois, se assim fosse, a cláusula constitucional referida não valeria nada e seu préstimo ficaria na inteira dependência do legislador ordinário que, dessarte, teria, na matéria, mais força do que o constituinte, pois seria ele que daria o conteúdo que bem desejasse ao comando constitucional. Ninguém sufragaria absurdo de tal porte.

Evidentemente não há razão alguma de peso para justificar a dispensa de licitação na hipótese cogitada. Donde não há senão concluir que o legislador abusou, e que é inconstitucional a liberação em apreço.

Outrossim, é evidente que se empresa estatal pretender se associar a empresa privada para disputarem um certame licitatório ou para desenvolverem o objeto licitado não poderá escolher livremente com quem se associar. Antes, e pelo contrário, terá de atender ao espírito do art. 37, XXI, da Constituição e ao preceito magno da isonomia, consagrado no art. 5º da Constituição, e ao art. 37, *caput*, que impõe à Administração direta e indireta os princípios da impessoalidade e da moralidade. Vale notar, ainda que, estando em pauta concessão de serviço público, esta será sempre precedida de licitação, consoante impõe o art. 175 da Lei Magna. Ora, se fosse

possível uma associação sem licitação, a associada da estatal usufruiria de uma concessão "sem licitação", em desacordo com o preceptivo mencionado.

O "contrato" de concessão

30. Selecionado o concorrente, este firmará com o poder concedente o ato convencional da concessão (na lei nominado como "contrato"), o qual incluirá cláusulas apontadas no art. 23 da Lei 8.987 como essenciais.

Assim, deverá enunciar o objeto, a área e o prazo da concessão, o preço do serviço, os critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifas, os direitos e deveres dos usuários para desfrute das prestações, a minuciosa enumeração dos encargos do concessionário, os direitos e deveres relativos a alterações e expansões futuras, as penalidades contratuais e administrativas, bem como outras arroladas no preceptivo referido. É de entender-se, ainda, que terá de conter todos os elementos necessários para identificação dos termos em que foi composta a equação econômico-financeira, isto é, a igualdade convencionada, a qual compreende não só a margem de lucro como a amortização do capital, o equipamento implantado, sua permanente atualização e a reversão dele quando finda por qualquer razão a concessão.

Transferência da concessão – Transferência do controle acionário da concessionária e a subconcessão

31. Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, *com ou sem* a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a *transferência da concessão* seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei 8.987, no art. 27, *inconstitucionalmente* a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração, se o pretendente "atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor" (§ 1º, I e II, do artigo citado). De acordo com este preceptivo, apenas se faltar tal aquiescência preliminar é que se caracterizaria hipótese de prematura extinção da concessão por comportamento faltoso do concessionário, ou seja, o que se denomina caducidade.

32. Aliás, no § 2º deste mesmo preceptivo foi conferida igual possibilidade a uma hipótese *diversa*, a de *transferência do controle acionário da empresa*, podendo dispensar ou alterar parte das exigências: as relativas à capacidade técnica e idoneidade financeira, conforme dicção do § 3º. A postergação destes requisitos, sobre escandalosa, é evidentemente inconstitucional, por implicar espantosa violência explícita à necessidade de obedecê-los, como resulta do art. 37, XXI, da Lei Magna. Sem embargo, quanto à possibilidade de transferência do controle acionário, retornamos à posição que dantes adotávamos, isto é, o do reconhecimento de tal possibilidade.

Em edição anterior deste *Curso* (26ª ed., 2009) sustentamos sua inadmissibilidade, impressionados com a circunstância de que algumas vezes dita transferência estava sendo utilizada como uma desnaturação do certame licitatório. Isto é, uma vez ganha a licitação e com isto valorizada a empresa de propósitos específicos constituída para assumir a concessão, vendia-se seu controle acionário absorvendo ganhos produzidos por tal expediente, instrumentalizando dessarte um instituto de direito público concebido para finalidade evidentemente diversa. Estribávamo-nos em que, como é o controlador que tem poderes para imprimir à empresa os rumos, a higidez, a seriedade de conduta e eficiência – ou seja, sua própria feição – a mudança do controle acionário afetaria a própria identidade dela. Logo, não seria possível, sem ofensa ao princípio da licitação, reconhecer a qualidade de concessionário a quem, em virtude da aludida mudança, não pode ser considerado o mesmo que participou do certame responsável pela escolha de quem deveria prestar o serviço.

Já não mais sustentamos tal entendimento.

33. Com efeito, tal intelecção é exagerada, pois nas empresas o que se exige são dados atributos objetivamente aferíveis, não sendo

tão importante a pessoa dos controladores, mas de quem *de fato* lhes imprime a direção. Por isto, levada a extremo a posição referida, nem mesmo a diretoria das grandes empresas poderia ser mudada (o que evidentemente seria um absurdo), pois é ela que imprime o rumo das empresas, maiormente nas sociedades anônimas em que, como é notório, há grande impessoalidade. Assim, se é certo que devem ser coibidos os desvios, toda vez que se possa concluir que a transferência do controle é a conclusão de uma manobra adrede preconcebida na qual a licitação foi utilizada como mero instrumento de valorização da empresa para negociá-la ulteriormente, não se deve, contudo, generalizar tal vedação, a fim de não colher mais do que o necessário para evitar práticas abusivas e prevenir-se de desembocar em incongruências.

Nisto reformamos o ponto de vista que vínhamos expendendo até a 20ª edição deste *Curso*.

34. A lei prevê, ainda, a possibilidade de subconcessão, nos termos do contrato de concessão, sempre que autorizada pelo concedente (art. 26). Deverá ser precedida de concorrência, sub-rogando-se o subconcessionário nos direitos e deveres do concessionário (subconcedente) dentro dos limites da concessão (§§ 1º e 2º). Isto é tudo que a lei estabelece sobre o assunto.

Desde logo, convém observar que a referência à possibilidade de realizá-la "nos termos do contrato" é insatisfatória. Isto porque, se tal possibilidade não houver sido prevista no *edital*, qualquer previsão contratual a respeito será inválida, por desbordar daquele documento básico (salvo, é óbvio, se a cláusula permissiva houver constado da minuta do contrato integrante do edital).

Uma vez que a subconcessão deve ser precedida de concorrência, deve-se concluir que a escolha do subconcessionário *não é ato pertinente ao concessionário*, pois concorrência é procedimento de Direito Público, só efetuável por entidades governamentais. Assim, tudo que o concessionário poderá fazer, na matéria, é postular do concedente seu inequívoco direito à exoneração de responsabilidade em relação à parte do serviço suscetível de ser subconcedida, na conformidade da autorização do concedente.

Não se confunde com a subconcessão a mera contratação de terceiros, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 25 da Lei 8.987 para o "desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de pro-

jetos associados", sempre obedientes "às normas regulamentares da modalidade do serviço concedido". É certo que nisto não se poderá absorver parte importante ou significativa da prestação do serviço, sob pena de tal "terceirização" desvirtuar o caráter *intuitu personae* da concessão e fraudar o sentido da licitação que a tenha precedido.

Direitos emergentes da concessão como garantias de financiamento

34-A. O art. 28 da lei estabelece que os direitos emergentes da concessão poderão ser dados em garantia nos contratos de financiamento até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço. A ele veio a ser acrescentado o art. 28-A, pela Lei 11.196, de 21.11.2005, o qual, em seus incisos, regula, nos contratos cujas obrigações tenham prazo médio de vencimento superior a cinco anos, a outorga pelo concessionário ao financiador de parcela de seus créditos operacionais futuros, como garantia do empréstimo, estabelecendo normas operacionais para tanto.

Ambos os artigos merecem reparo. O primeiro porque, evidentemente, não é qualquer direito efluente da concessão que pode ser dado em garantia. Basta pensar-se que o concessionário, por força da concessão, adquire, em certos casos, o direito ao uso especial de bens públicos. Sobre isto jamais teria disponibilidade para oferecê-los em garantia a terceiro. Só poderia ser dado em garantia o que lhe competisse a título de remuneração na concessão, isto é, tarifas e as receitas paralelas ou complementares a que se reporta o art. 11. Também se pode censurá-lo por nada haver estabelecido com relação ao modo como se verificaria o "limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço".

Quanto ao segundo artigo as censuras são ainda mais graves. Embora tenha corretamente esclarecido que as garantias são parcelas de seus "créditos operacionais futuros", implicitamente deixa a critério do concessionário o montante desta parcela, pois estabelece que "a cessão do crédito não terá eficácia em relação ao Poder Público concedente senão quando for este formalmente notificado" (inc. II do art. 28-A). Logo, só considerou necessária a notificação formal do Poder Público, e não a *autorização* deste quanto ao montante havido como incapaz de comprometer a operacionalização e continuidade do serviço. Entendemos que tal avaliação por parte do concedente é sempre indispensável, por estar em pauta a prestação de

um serviço público, *res extra commercium*, bem jurídico cujas condições de desempenho não podem depender de uma avaliação tão só do concessionário.

III. O prazo nas concessões e sua prorrogação

35. Deverá constar do edital de concorrência para outorga de concessão o *prazo previsto* para sua duração (art. 18, I, da Lei 8.987). A obrigatoriedade de "prazo determinado", desde logo, já resultaria até mesmo – relembre-se – do conceito legal de concessão (art. 2º, II e III, em suas partes finais).

A lei, entretanto, é silente quanto à duração máxima admissível, sendo certo, outrossim, que descaberia reputar aplicável à espécie o disposto no *caput* do art. 57 da Lei 8.666, de 21.6.1993 (reguladora de licitações e contratos), pois a limitação ali estabelecida (vigência dos respectivos créditos orçamentários) tem em vista contratos que acarretam dispêndios, necessitando, pois, dos sobreditos créditos para acobertá-los, situação que, obviamente, não se propõe em relação à concessão. Tampouco seria de imaginar invocável o prazo máximo de 60 meses estabelecido para os contratos de prestação de serviços executados de forma contínua, referido no inciso II do mesmo art. 57 da Lei 8.666. Seria evidente sua inadaptabilidade à concessão, que demanda período de vigência muito maior para a amortização dos investimentos, sobreposse quando precedida de obra pública.

À falta de disposição legal, a matéria restou entregue à discrição do Legislativo dos diversos poderes concedentes, os quais, em norma específica ou ao concederem autorização para os respectivos Executivos outorgarem concessão de tal ou tais serviços, fixarão o prazo máximo ou específico que reputem adequado. É claro que, nos casos em que já exista lei fixando o prazo máximo em relação à concessão de determinado serviço, este permanece em vigor.[24]

24. É o que ocorre com os de energia elétrica. O Código de Águas – Decreto 24.643, de 10.7.1934 –, em seu art. 157, estabelece para ditas concessões um prazo *normal* de 30 anos, admitindo, entretanto, que, *excepcionalmente*, seja mais amplo, quando – dado o vulto dos investimentos – necessário para a amortização das obras e instalações a custos razoáveis para os consumidores. Dito prazo, todavia, jamais poderá exceder 50 anos. O decreto em questão tem força de lei, pois foi editado em plena Ditadura e em época na qual os atos com tal força jurídica eram veiculados por este instrumento, posto que ainda não se disseminara o uso dos decretos-leis. Entretanto, as concessões de geração de energia elétrica contratadas *a partir da Lei 9.074* terão, como prevê seu art. 4º, § 2º, o prazo necessário à amortização dos investimen-

36. Ao contrário do que se poderia pensar, o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo quê o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade – portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário –, extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há *interesse jurídico* do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, *de direito*, aspira é o resguardo de sua pretensão *econômica*.

Ocorre, isto sim, que o prazo é (tal como a tarifa) um dos elementos que concorrem para determinação do valor da equação econômico-financeira, uma vez que em função dele se estimam a amortização do capital investido pelo concessionário e as possibilidades de lucro que terá. Por isso, tanto como as demais disposições concernentes à prestação do serviço e tal como elas, também o prazo poderá ser modificado pelo concedente, extinguindo a concessão antes da fluência do período de duração inicialmente fixado, ressalvado ao concessionário simplesmente o direito de que lhe seja assegurada a mantença da equação econômico-financeira pactuada. Como ela é expressável por um valor, respeitado este – que tem natureza contratual –, nada há que opor, censurar ou reclamar do Estado. Em suma, aquilo a que o concessionário tem direito é à integralidade de um valor, cuja inteireza se perfaria em certo período: aquele que perceberia se mantida fosse a concessão até a conclusão normal do prazo estatuído.

37. Corolário disto, parece-nos, é que, ao contrário do que se supõe sem maior calço teórico, *em tese*, poderia o Poder Público saldar o compromisso em causa paulatinamente, isto é, ao longo do período previsto na concessão, pois assim o perceberia o concessionário se não houvera prematura extinção do vínculo concernente à prestação do serviço.[25]

tos, limitado, entretanto, a 35 anos, prorrogáveis por igual período nos termos contratuais, e nas de transmissão e distribuição de energia elétrica o limite é de 30 anos (conforme § 3º do mesmo artigo).

25. Uma vez que o encerramento da concessão não é ato injurídico, descaberia considerar o Poder Público inadimplente por abreviar-lhe o termo, donde não se colocar obrigação de reparar violação de direito, mas de saldar uma obrigação pela mesma

A Lei 8.987, entretanto, veda a adoção de tal procedimento quando o concedente antecipe o final da concessão por meras razões de conveniência e oportunidade, isto é, quando tal evento não seja provocado por falta cometida pelo concessionário. Isto porque, ao tratar da encampação (que é a hipótese cogitada e da qual se tratará mais além), determina que esta só se efetuará mediante *prévia* indenização ao concessionário (art. 37).

38. Entre as cláusulas essenciais do contrato deve constar a previsão das condições para sua *prorrogação* (art. 23, XII). Há de entender-se: quando admitida tal circunstância no *edital* (ainda que a lei não haja anotado dita previsão entre as disposições que "especialmente" conter-se-ão neste instrumento regulador do certame), pois, se dele nada constar ao respeito, obviamente, seria inviável qualquer dilatação do contrato, a menos que referida na minuta de contrato que integrar o edital.

IV. Os poderes do concedente

39. Sendo a concessão um instituto oriundo da necessidade de satisfazer pelo melhor modo possível o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito. O concedente não se despoja – nem poderia fazê-lo – dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente do interesse coletivo.

Resulta daí que tem, permanentemente, sobre o serviço prestado pelo concessionário plena disponibilidade, a qual se traduz na titularidade de um conjunto de poderes. A Lei 8.987 não os arrola de modo completo e sistemático sob tal rubrica, mas concentra a maioria deles sob o rótulo de "Encargos do Poder Concedente", no art. 29, dispositivo, este, que enumera diversas de suas atribuições.

forma que seria feita se não houvera redução do prazo, isto é, delongada no tempo previsto para a extinção da concessão. Tal circunstância não acarretaria dano algum ao concessionário, pois tanto a amortização de seu capital quanto a percepção de lucro só se efetivariam ao longo da dilação correspondente ao prazo da concessão fixado de início. Daí por que inexistiria qualquer razão para atribuir-lhe, com a antecipação do pagamento, mais do que aquilo que fora pretendido pelo concessionário e com ele avençado, por ocasião do ato concessivo. A admitir-se solução diversa, ter-se-ia que entender, erroneamente, que a extinção da concessão antes do prazo não é um *direito*, mas uma *atividade ilícita* do concedente.

40. São os seguintes os poderes do concedente:

a) *poder de inspeção e fiscalização*;

b) *poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares*;

c) *poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído*;

d) *poder de intervenção*;

e) *poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.*

Convém examinar cada um deles.

41. Poder de inspeção e fiscalização: por força dele, o concedente está qualificado para manter-se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço. Com isto poderá verificar, como de seu dever, se o concessionário está atendendo de modo satisfatório e desejável às obrigações assumidas, ao acompanhar, mesmo no interior da vida da empresa, inclusive através do exame de livros, registros e assentamentos desta, as providências tomadas e a lisura delas para implemento dos encargos da concessão.[26]

42. Ao poder de permanente inspeção e fiscalização a Lei 8.987 se refere em diferentes passagens. Assim, já o art. 3º menciona a fiscalização efetuada pelo poder concedente, *com a cooperação dos usuários*. Outras menções existem, tanto no art. 29, I, no qual se relacionam os "encargos do poder concedente", quanto no art. 30, ao estatuir que, no exercício da fiscalização, "o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária", e assim também no parágrafo único do mesmo preceptivo, a teor do qual "a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários". Do mesmo modo está contemplado no art. 31, ao tratar dos "encargos da concessionária", entre os quais menciona, no inciso V, o de "permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações

26. STF, *RDA* 30/289: "Compreende-se na atividade da Administração Pública fiscalizar a atividade do concessionário e, se o exigirem os interesses coletivos, decretar a caducidade da concessão".

integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis". Além destes preceptivos, o art. 23, atinente às cláusulas essenciais do "contrato" de concessão, em seu inciso VII, arrola, entre elas, as relativas "à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como da indicação dos órgãos competentes para exercê-la".

43. O *poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares* confere-lhe a possibilidade de alterar as condições do funcionamento do serviço. Por isso, pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas a serem cobradas (quanto às tarifas, v. n. 58). O concessionário não se pode opor às alterações exigidas, nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante melhor se verá, o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico dos termos da concessão, se este resultar da ação das novas medidas estabelecidas pelo concedente.[27]

44. Embora a lei, ao relacionar os "encargos" do concedente, não se refira de modo taxativo a tal poder de alteração unilateral, pois o omitiu na referida catalogação, induvidosamente o acolheu de modo expresso ou implícito em diferentes artigos. Com efeito, o art. 9º, § 4º, estatui que, "*em havendo alteração unilateral do contrato* que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro", deverá concomitantemente restabelecê-lo. Outrossim, tal poder está implicado na disposição constante do inciso VII do art. 18 (atinente a cláusulas do edital) e no inciso V do art. 23, precitado (o qual arrola as cláusulas essenciais do "contrato" de concessão). É que ambos se reportam a direitos e obrigações do concedente (assim como do concessionário) relacionados às "previsíveis necessidades de *futura alteração e expansão dos serviços* e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações". De toda sorte, já o art. 6º e §§ 1º e 2º implicavam o reconhecimento de tal poder. É que neles, havendo sido exigida a "atualidade" do serviço (a lei, certamente, quis falar em "atualizado" ou em "atualização", mas desconhecia a expressão adequada em nosso idioma), aí

27. STF, *RDA* 95/132: "Na concessão de serviço público é lícita a modificação pelo poder concedente do funcionamento do serviço desde que fique assegurado o equilíbrio do contrato". Vide, ainda, *RTJ* 46/144.

está, evidentemente, pressuposto o poder de impor as alterações para isto requeridas.

O fato é que, estivesse ou não mencionado o poder de alteração unilateral das condições de prestação do serviço, haver-se-ia sempre de considerá-lo implícito na própria natureza do instituto. É que, por estar em pauta um serviço público – ou obra pública, como resulta da já mencionada dicção desabrida do art. 2º, II –, jamais poderia o concedente despojar-se do elementar dever jurídico de ajustar o serviço ou a obra ao interesse público, sempre que suas cambiantes necessidades o impusessem.

45. *Poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído*: tendo em vista que a concessão, conforme reiteradamente se vem lembrando, não é senão uma técnica através da qual o Poder Público visa a obter o melhor serviço possível no interesse dos administrados, compreende-se que a este caiba o poder de retomar o serviço sempre que o interesse público o aconselhar, ou seja: quando concorram ponderáveis razões de conveniência e oportunidade ou por inadimplência do concessionário. Tal providência, mero corolário do princípio teórico *retro* assinalado de que o serviço nunca é transferido, mas simplesmente se transfere seu exercício, responde a um elementar *direito* do concedente, ínsito em a própria natureza do instituto e irrenunciável pelo Poder Público.[28]

46. A Lei 8.987, entre os encargos do concedente, prevê o de extinguir a concessão nos casos nela previstos (art. 29, IV).

Conforme o arrolamento legal (art. 35), de par com outras hipóteses, incluem-se tanto a encampação (inciso II), que se constitui na extinção prematura por razões de conveniência e oportunidade – mas que *deverá ser precedida de lei autorizativa específica e de prévia indenização* (art. 37) –, quanto a caducidade (inciso III do art. 35), ou seja, a extinção prematura cabível perante as faltas do concessionário (art. 38, I-VII).

28. STF, *RDA* 39/289, cit. V., sobretudo, *RTJ* 46/2, cuja ementa é a seguinte: "Concessão de serviço público. O contrato administrativo contém a faculdade implícita de rescisão unilateral, tendo em vista o interesse coletivo. Ao concessionário cabe o direito de demandar indenização por perdas e danos se a causa alegada pela Administração não importava em falta por ele cometida, na execução do contrato. Mandado de segurança denegado". O acórdão em questão encontra-se também na *RDA* 95/121.

Ao assunto volver-se-á mais além, ao se cogitar das hipóteses de encerramento da concessão.

47. Poder de intervenção: em situações excepcionais, para salvaguarda do interesse público encarnado no serviço prestado mediante concessão, o concedente poderá intervir na concessionária e assumir, neste entreato, a gestão direta do serviço. A medida justifica-se quando indispensável para assegurar a continuidade do serviço, sua normalidade ou o adequado cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário, por não existir outro meio hábil capaz de salvaguardar os aludidos interesses. Cessadas as causas que a determinaram, cessa a intervenção, mas dela poderá resultar a decretação da prematura extinção da concessão.

48. A Lei 8.987, entre os encargos do concedente (catalogados no art. 29), refere o de "intervir na prestação do serviço nos casos e condições previstos em lei" (inciso III). Tais casos e condições, entretanto, baldadamente serão procurados no capítulo encimado pelo título "Da Intervenção" (Capítulo IX, arts. 32-34). Com efeito, ali apenas se encontra o genérico enunciado segundo o qual: "O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes" (art. 32).

A intervenção far-se-á por decreto (ato privativo do Chefe do Poder Executivo) do poder concedente, dele devendo constar os objetivos e limites da medida, assim como seu prazo e a designação do interventor (parágrafo único do preceptivo citado). Dentro em 30 dias desta providência, para comprovação das causas que a determinaram e apuração de responsabilidades, será instaurado procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, o qual terá de se concluir no prazo máximo de 180 dias, pena de "considerar-se inválida a intervenção" (art. 33, §2º). Intervenção efetuada fora de seus pressupostos legais e regulamentares acarreta, além da devolução do serviço ao concessionário, obrigação de indenizá-lo pelos prejuízos sofridos (§ 1º do art. 33). Finda a intervenção e não sendo extinta a concessão, devolver-se-á o serviço ao concessionário, "precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante sua gestão" (art. 34).

49. Poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente: todos os poderes do concedente *anteriormente* arrolados correspon-

dem a inerências do instituto da concessão e poderiam ser presumidos independentemente de previsão legal, pois decorrem de sua própria compostura jurídica. Diversamente, o poder de aplicar sanções tem sua existência atrelada à prévia estatuição das específicas medidas aplicáveis.

50. A Lei 8.987 inclui entre os encargos do concedente o de "aplicar as penalidades regulamentares e contratuais" (art. 29, II), mas não indica quais sejam. Estas podem ser estabelecidas em *regulamento* anterior à concessão ou no edital do certame, pois, em tal caso, quem se candidate a disputá-lo terá antecipado conhecimento das sanções a que eventualmente estará exposto.

Quanto ao contrato, entendemos que não poderá inovar na matéria, mas tão só reproduzir o que já esteja previsto, seja no edital ou seus anexos, seja em regulamento anterior. Logo, o que dele conste ao respeito será despiciendo, pois nada agregará validamente ao que terá de preexistir.

V. Os direitos do concessionário

51. Perante o concedente, os direitos do concessionário cifram-se ao respeito à parte contratual da concessão, isto é, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e também a que não lhe seja exigido, sob cor de cumprimento de suas obrigações, o desempenho de atividade estranha ao objeto da concessão, pois é o objeto que identificará tal ou qual concessão.[29] Obviamente, assiste-lhe também di-

29. Mesmo que o concessionário concordasse na modificação do objeto da concessão, o concedente não poderia pretendê-la, sob pena de *burlar o princípio da licitação*, pois, no caso, estaria, em verdade, outorgando *nova concessão*, sem abrir a terceiros a possibilidade de concorrerem a ela e demonstrarem, eventualmente, que prestariam o serviço em condições mais vantajosas para o Poder Público.

Costumava-se afirmar – naturalmente, antes da orientação firmada no art. 16 da Lei 8.987 – que o concessionário tem, também, direito à *exclusividade* quanto à prestação do serviço. Não nos parece exato este entendimento. O que ocorre é, simplesmente, que, pela outorga da exclusividade, o concessionário encontra uma garantia de mercado. Tal fato só lhe interessa, juridicamente, como um dado econômico, por certo muito significativo para a determinação de seu legítimo propósito de lucro. Desde que garantido este, nos termos propiciados pela exclusividade outorgada, o cancelamento desta, acompanhado pela compensação econômica *correspectiva*, salvaguarda o concessionário de qualquer alteração da equação econômica. Daí que não lhe cabe opor-se, em tais condições, à supressão da exclusividade. Se nem à extinção antecipada da concessão pode opor-se o concessionário, muito menos poderá se opor ao cancelamento da exclusividade, uma vez lhe seja garantida a igualdade econômica.

reito a que se obedeçam todas as limitações legais concernentes aos poderes do concedente ou na forma delas constituídas (quanto a sanções, intervenção etc.).

Remuneração do concessionário

52. Sob este tópico, cumpre examinar três questões: a das tarifas, a das fontes paralelas ou complementares de receita e, finalmente, a relativa ao tema fundamental do equilíbrio econômico-financeiro.

A respeito deste último, aliás, já dantes deixou-se anotado que no ato de concessão é formulado um termo de equilíbrio entre os encargos do concessionário e a retribuição que lhe assistirá. Por conseguinte, o concedente terá que respeitar esta igualdade, de tal modo que ao acréscimo de encargos ou mutação de condições de funcionamento do serviço que se reflitam sobre a equação patrimonial hão de corresponder as compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio inicial.

Com efeito, preleciona a doutrina que o Estado pode, mesmo à falta de estipulação no instrumento concessivo, alterar as condições em que o serviço é prestado, sempre que o interesse público o reclamar. Trata-se de um poder e de um dever irrenunciável do Estado,[30] uma vez que lhe compete assegurar pelo melhor modo possível a satisfação dos usuários. Se é certo que satisfaz legitimamente seus objetivos ao rever as condições de prestação do serviço, ainda que com isso agrave a situação do concessionário, não menos certo é que está contratualmente preso ao dever de sustentar os termos do equilíbrio econômico que ajustou.

Ao diante, em tópico específico, examinar-se-á mais amplamente o assunto do equilíbrio econômico-financeiro.

30. Roger Bonnard ensina: "L'Administration, qui a en principe le pouvoir de fixer unilatéralement l'organization et le fonctionnement des services publics, *ne peut pas renoncer à ce pouvoir unilatéral, même lorsque le service est concedé*" (*Précis de Droit Administratif*, 1935, p. 551) (o grifo é nosso).

Gaston Jèze preleciona: "A organização do serviço corre exclusivamente por conta da Administração. São as entidades públicas, e unicamente elas, as que têm competência para decidir como deverá se organizar o serviço público e como deverá funcionar. Portanto, esta organização poderá modificar-se em qualquer momento, segundo as necessidades econômicas da hora" (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, t. I, trad. argentina da 3ª ed. francesa 1930, 1949, p. 73).

VI. As tarifas

53. Em geral, o concessionário de serviço público (ou da obra pública) *explora o serviço* (ou a obra pública) *mediante tarifas* que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, *basicamente*, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam *também* previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração.

Entretanto, as tarifas constituem-se, *de regra*, na remuneração *básica*, já que as "provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados" têm por finalidade "favorecer a modicidade das tarifas" (art. 11 da lei). O mesmo se dirá quando as tarifas forem subsidiadas pelo concedente. Logo, a principal fonte da qual é sacada a remuneração do concessionário são as tarifas.[31] As tarifas, como acertadamente o disse Joana Paula Batista, "submetem-se a determinados princípios que, a um só tempo, protegem o usuário do serviço, que arca com o seu pagamento, e o concessionário que delas retira sua remuneração".[32]

54. Com relação ao primeiro aspecto, compreende-se que as tarifas devem ser *módicas* (conforme prevê o § 1º do art. 6º), isto é, acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade. Este empenho de modicidade está expressado na previsão de fontes alternativas de receita para o concessionário, já dantes mencionadas e cujo fito explícito é o de favorecer tal resultado (art. 11).

55. A tarifa será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de *revisão* previstas na lei, no edital e no contrato (art. 9º). De seu turno, o art. 18, atinente às principais cláusulas do edital, refere, no inciso VIII, as que indiquem os critérios de *reajuste* e *revisão* das tarifas. O contrato poderá fixar mecanismos de *revisão*, para preservar-lhe o equilíbrio econômico-financeiro (§ 2º do pré-referido art. 9º). Aliás, entre as cláusulas

31. Excetuam-se, naturalmente, os casos em que dita remuneração não se obtém por meio de tarifa, mas por *outra forma de exploração do serviço prestado*, como ocorre – tal como já se deixou dito – com as concessões de rádio e de televisão, nas quais o concessionário se remunera pela veiculação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes.

32. *Remuneração dos Serviços Públicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 105.

essenciais do contrato mencionadas na lei estão arroladas as relativas "ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para *reajuste* e *revisão* das tarifas" (art. 23, IV).

Com esta mesma finalidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro, a lei estabelece que, após a apresentação da proposta feita pelo licitante a final investido na qualidade de concessionário, se houver alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais que tenham impacto sobre ela (salvo os de imposto de renda), deverá ocorrer revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso (§ 3º do art. 9º). Assim, também, consoante já se anotou, toda alteração unilateral do contrato que afete dito equilíbrio exige sua concomitante restauração (art. 9º, § 4º).

56. Como se vê, ora a lei fala em revisão de tarifas, ora em "reajuste" e "revisão". Terá se servido destas expressões inconsequentemente, tomando-as como sinônimas, usando uma como reforço da outra, ou haverá, a sabendas, se servido ora de uma, ora de ambas, pretendendo irrogar a cada qual um significado preciso?

Estamos em que o *reajuste* configura hipótese em que a tarifa *substancialmente não muda*; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas *atualizada*, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela.

Já, a *revisão* das tarifas é uma *reconsideração ou reavaliação do próprio valor original* tomado em conta *como adequado* para enfrentar equilibradamente os encargos.

Assim, na revisão, *dada a irrupção de encargos excedentes dos originais*, a tarifa *efetivamente muda*, não apenas em sua expressão numérica, *mas também na qualificação do próprio valor* que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição.

Isto ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer o impacto de fatores *supervenientes* a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial.

Tais fatores tanto podem ser oriundos (a) de alteração unilateral do contrato (hipótese do art. 9º, § 4º); (b) da superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público sem relação

com sua qualidade de concedente (fato do príncipe, a ser adiante explicado) e que agravam a equação inicial (como a elevação de tributos a que se refere o § 3º do art. 9º), ou (c) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis que convulsionem a economia contratual (teoria da imprevisão e teoria das sujeições imprevistas, sobre as quais se falará mais além). Na enumeração das hipóteses que ensejam reajuste – parece-nos – estamos concordes com o entendimento de Cintra do Amaral, expressado em monografia sobre licitação para concessão de serviço público.[33]

57. É importante sublinhar que, se houverem sido previstas fontes alternativas de receita para o concessionário, estas serão tomadas em conta para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro (art. 11, parágrafo único). Isto significa, como bem observou o autor citado, que, em tais casos: "A tarifa deve refletir a composição: custos mais lucro mais amortização de investimentos menos receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados".[34]

58. Sem embargo do que foi dito, as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual – e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público – é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Donde, ao concedente é lícito alterar, como convenha, a grandeza dela, contanto que, ao fazê-lo, mantenha incólume a igualdade matemática substancial já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles. Logo, não há impediente jurídico a que o Poder Público adote um sistema de tarifas subsidiadas, se a tanto for levado para manter-lhes a necessária modicidade.

As fontes paralelas (alternativas, complementares) de receita do concessionário

59. Que fontes de receitas paralelas seriam estas? As hipóteses são variadas, mas, para exemplificar, poder-se-ia prever o direito de exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública (para a

33. Antonio Carlos Cintra do Amaral, *Licitação para Concessão de Serviço Público*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 51.

34. Ob. cit., p. 50.

instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas etc.).[35]

O equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviço público (ou obra pública)

60. Há uma necessária *relação* entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma *igualdade de equilíbrio*. É este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar.

Os termos da igualdade alteram-se necessariamente toda vez que o Poder Público agravar os encargos. Isto porque, a fim de manter a mesma *proporcionalidade*, correspondente à igualdade da equação, o Estado terá que recompor economicamente o concessionário quando modificar a grandeza de seus ônus. A expressão quantitativa pode se modificar por ato da autoridade pública, unilateralmente, e como exercício normal de um direito seu, mas precisa ser compensada correlatamente no outro extremo da relação.

Com efeito, se o Estado pudesse impor sobrecargas ao concessionário sem, em contrapartida, compensá-lo por elas, estaria, para reproduzir a sempre lembrada imagem de Latournerie nas conclusões do *affaire Compagnie des Scieries Africaines*, no Conselho de Estado Francês, repetindo o gesto do guerreiro gaulês que atirou sua espada sobre um dos pratos da balança.

61. Cumpre esclarecer que a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro.

Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas *por sua conta, risco e perigos*, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco. Pode, portanto, ser, como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico.

35. Conforme nosso "Obra pública a custo zero", *RTDP* 3/32-41.

62. É necessário, então, distinguir entre os riscos a serem cobertos pelo poder concedente daqueles que correrão por conta do concessionário.

Para proceder a tal distinção é comum recorrerem os autores à doutrina francesa, em que se discrimina a *álea ordinária*, correspondente aos riscos normais, a serem suportados pelo concessionário, da *álea extraordinária*, que se subdivide em *álea administrativa* e *álea econômica*.

No Direito francês a álea administrativa *corre inteiramente por conta do poder concedente*. Concerne aos riscos derivados da modificação unilateral das cláusulas da concessão ou de medidas do concedente alheias à sua posição "contratual", mas que repercutem especialmente sobre o equilíbrio econômico-financeiro.

A álea econômica na França concerne aos riscos derivados de situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis – como crises econômicas, bloqueio econômico, desvalorização da moeda pelo Governo ou até acidentes naturais, tais um terremoto, uma grande inundação – que afetam violentamente o equilíbrio da equação e levariam à ruína do concessionário. Os prejuízos derivados de tais acontecimentos configuradores da álea econômica são, de acordo com a doutrina e jurisprudência francesas, *partilhados* entre o concedente e o concessionário. Em relação a eles é que se invoca a teoria da imprevisão.

63. Para proteger o concessionário nos casos de álea administrativa e álea econômica são invocadas as teorias do fato do príncipe e a teoria da imprevisão, supramencionada.[36] A primeira é aplicável no caso de álea administrativa e a segunda na hipótese de álea econômica, ainda que se deva reconhecer que o campo de abrangência de cada uma destas teorias não é objeto de concordância unânime entre os doutrinadores franceses.

De acordo com a *teoria do fato do príncipe*, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, *por ato seu*, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detri-

36. Sobre as teorias mencionadas v.: André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, 3ª ed., vol. I, ns. 575-595, pp. 309 e ss.; Marcel Waline, *Droit Administratif*, 9ª ed., p. 14, n. 19, pp. 620-624, ns. 1.042-1.048, e pp. 728 e ss. e 1.241 e ss.; Jean Rivero, *Droit Administratif*, 3ª ed., pp. 111-115, ns. 123 a 128; Georges Vedel, *Droit Administratif*, 1964, pp. 607 e ss. e 632 e ss.; Francis-Paul Bénoît, *Le Droit Administratif Français*, 1968, pp. 623-642, ns. 1.107-1.151.

mento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário.[37]

Pela *teoria da imprevisão*, no Direito francês, o Poder Público deve arcar *parcialmente* – e não integralmente, como no caso da teoria do fato do príncipe – com os prejuízos que resultam para o concessionário de acontecimento (fato ou ato) *imprevisível*, ao qual os contraentes não hajam dado causa, e que provoque *profundo* e *substancial* desequilíbrio da equação econômico-financeira, tornando ruinosa, embora *não impossível* (que este seria caso de força maior), a prestação do serviço para o concessionário. Esta é a orientação da maior parte da doutrina.

Não se deve confundir tal teoria com a obrigação de indenizar decorrente das "sujeições especiais", as quais têm lugar quando um óbice *material* imprevisível acarreta problema de ordem *técnica* que reclama despesas maiores que as previstas inicialmente. O que entra em causa, pois, é um obstáculo *técnico*, como, por exemplo, o encontro de um lençol freático inesperado quando de escavações para realização de obra pública, ou a existência de canalizações não registradas nas plantas da cidade. Perante dificuldades desta ordem, onerosas aos trabalhos, por acrescê-los, a indenização devida pelo Poder Público deve ser total.

37. Não há acordo, contudo, com relação aos atos suscetíveis de propiciar a invocação desta teoria. Assim, registrando que no passado a teoria do fato do príncipe possuía maior amplitude, por abranger também os atos provenientes de outra pessoa de Direito Público que não o próprio concedente, os autores acordam apenas em que, para ser alegada, é forçoso que o ato gravoso proceda do concedente. Neste sentido Laubadère, Waline, Vedel, Rivero e Bénoît. Contudo, Laubadère, Waline e Rivero entendem que a teoria em causa cobre tanto os prejuízos que resultem da modificação unilateral das cláusulas da concessão quanto os que provenham de medida tomada com base em competência diversa daquela que o concedente exercitou ao praticar o ato concessivo. Já, Vedel e Bénoît consideram que só nesta última hipótese tem cabimento a remissão à teoria do fato do príncipe. Julgam que a indenização devida no caso de utilização pelo concedente dos poderes de alteração unilateral de cláusulas funda-se na própria relação específica da concessão e não no exercício de um poder genérico (que os italianos qualificariam como "de supremacia geral") ao qual se deve ligar o fato do príncipe.

Além disto, segundo Laubadère, nem todos os casos de exercício do poder estatal pelo concedente – manifestado em nome da supremacia geral – atraem a teoria do fato do príncipe. Considera que em alguns deles a teoria invocável é a da imprevisão. Disto faz extrair a consequência de que a distinção entre álea administrativa e álea econômica (cabível a primeira nos casos de fato do príncipe e a segunda nos casos de imprevisão) não é absoluta, posto que também poderá existir álea econômica em razão de comportamento do próprio concedente.

Certamente, cabe invocar as teorias mencionadas, mas com algumas adaptações. É que não se pode extrapolar integralmente para o Direito brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo a nosso Direito Positivo. Este, como se verá a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que a que lhe é dispensada na França.[38]

É que no Direito francês a álea *ordinária*, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, *ou promana da adoção de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruinosa a exploração do serviço.*

64. Entre nós, todavia, a noção de álea *ordinária* – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria *da imprevisão*, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito francês.

Em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário.

Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços

38. Com efeito, como é sabido, a aplicação da teoria da imprevisão no Direito Administrativo francês – nascida no famoso aresto do Conselho de Estado Cia. de Gás de Bordeaux, proferido em 1916 – exige para sua configuração *alteração profunda* na economia da concessão, donde excluir simples oscilações de preços, e, quando cabível, não acoberta a totalidade dos prejuízos do concessionário, mas apenas parcialmente. Também não protege o concessionário com relação a seus erros de apreciação no que concerne ao presumível afluxo de usuários (v., a propósito, Waline, ob. cit., p. 731), conquanto nisto a solução não difira da nossa. Finalmente, o concessionário, de acordo com entendimento pacífico dos mestres franceses, não está garantido pela teoria do fato do príncipe contra as medidas gerais expedidas pelo Poder Público que agravem a coletividade em geral – salvo quando possuem específica repercussão sobre o objeto da concessão. Daí que a álea normal, *ordinária*, a ser suportada pelo concessionário, abrange tanto deficiências na apreciação sobre o número de usuários quanto oscilações não excepcionais de preços e agravamentos econômicos oriundos de medidas gerais suportáveis pelos administrados.

dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º e § 2º, 18, VIII, e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9º, § 3º, determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevinda de tributos (salvo os do imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba aplicação da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados com o concedente.

Tais soluções são obrigatórias em face de nosso Direito Positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que as obras e *serviços* (tanto como compras e alienações) serão contratados "com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta".

Segue-se que as tarifas pelas quais o concessionário é "pago" – ou, eventualmente, as subvenções que sirvam para completar o montante devido – devem assegurar os termos econômicos que as partes assumiram ao compor o ajuste da equação econômico-financeira, traduzido na proposta aceita ao cabo da licitação. É que esta foi tida, por ambas as partes, como previsivelmente idônea para acobertamento dos custos em que incorreria o concessionário e suficiente para proporcionar-lhe a margem de remuneração. Deveras, se a proposta não ensejasse razoável expectativa de tal resultado, haveria de ter sido desclassificada, por inexequível (art. 44, § 3º, da Lei 8.666), ou, então, se revelasse propósito de *dumping*, por incursa em "abuso do poder econômico" (art. 173, § 4º, da Constituição Federal).

65. Diante disto, cabe indagar quais os riscos que, em nosso sistema, o concessionário efetivamente tem de assumir, por não se encontrarem ao abrigo da garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueloutros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concer-

ne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojar-se em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se substancia um interesse público.

66. Anote-se que o art. 10 da Lei 8.987 estabelece que sempre que forem atendidas as condições do contrato considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. A dicção deste artigo há de ser recebida *cum grano salis*, para que não seja havido como desenganadamente inconstitucional.

O que dele validamente se poderá extrair é o propósito de firmar com ênfase, ainda que mediante linguagem imprópria, que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro baliza-se fundamentalmente pelo teor do contrato. Donde, de fora parte as proteções específicas já aludidas – as quais, de resto, apoiam-se quase que integralmente na própria lei retora dos termos do *contrato* –, não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual. Ou seja: dito artigo terá pretendido encarecer que a expressão "equilíbrio econômico-financeiro" não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo ao malogro de seu empreendimento pessoal quando, nos termos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial. Aliás, é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos.

VII. Os direitos dos usuários

67. César Guimarães Pereira, em trabalho de indispensável leitura sobre os direitos dos usuários, assume explicitamente a concepção de que estes hão de residir no centro das preocupações sobre serviço público. De resto, afirma ter sido esta mesma a perspectiva adotada na Argentina com a reforma constitucional de 1994, como ensinou o pranteado mestre platino Jorge Salomoni.[39]

39. *Usuários de Serviços Públicos*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 1.

Realmente, a figura estelar em tema de serviço público só pode mesmo ser o usuário, já que o serviço é instituído unicamente em seu prol. Aliás, de fora parte a promoção da ordem e da paz social, a justificativa substancial para a existência do próprio Estado é, precisamente, a de oferecer aos administrados as utilidades e comodidades que se constituem nos serviços públicos.

Já se anotou que a própria Constituição (art. 175, parágrafo único, II) determina que a lei estabeleça os direitos dos usuários, um dos quais, de resto, está referido no inciso IV do preceptivo citado, pois este menciona que as concessionárias e permissionárias têm a "obrigação de manter serviço adequado".

A Lei 8.987, de 13.2.1995, que, em cumprimento ao citado art. 175 dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, em seu art. 7º arrola inúmeros direitos dos usuários, a saber: I – receber serviço adequado, o qual, a teor do art. 6º, § 1º, é o que satisfaz as condições de *regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e* ***modicidade das tarifas***. Tal modicidade, registre-se, é um dos mais relevantes direitos do usuário, pois, se for desrespeitada, o próprio serviço terminará por ser inconstitucionalmente sonegado; II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; IV – levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço. O item VI, ridiculamente aliás, aponta como direito o de contribuir para a permanência das boas condições dos bens através dos quais são prestados os serviços. Além deles, foi ulteriormente acrescentado por lei o direito de o usuário escolher, entre pelo menos seis datas no mês, o dia de vencimento de seus débitos.[40]

Tal relação, como corretamente asseverou Dinorá Grotti, não é exaustiva. Outros direitos existem e podem ser extraídos de dispositivos legais esparsos, ou de princípios vigentes na matéria ou ainda

40. O inciso I repete um mandamento constitucional e os incisos IV e V são meras superfetações pois ninguém jamais imaginaria que pudessem não existir, até porque já decorrem genericamente do art. 5º, XXXIV, "a" da Constituição.

do regulamento específico do serviço.[41] Assim, por força do art. 30 da Lei 8.987 e do art. 33 da Lei 9.074 terá de haver representação dos usuários no sistema de fiscalização dos serviços concedidos.[42] Aliás, deve-se, de logo, com a referida autora, encarecer que a responsabilidade dos prestadores, por ocasião de danos causados a terceiros em razão do serviço, se governa pelo art. 37, § 6º, da Constituição.[43] Logo, é objetiva em relação a seus atos comissivos. Este é um outro direito dos usuários, o qual, parece-nos, abrange tanto a eles quanto a terceiros que sejam lesados pelo serviço.

Os usuários, atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm *direito* ao serviço e ao que foi legalmente caracterizado como serviço adequado, no referido art. 6º, § 1º. O concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo, é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares.

Cumpridas pelo usuário as exigências estatuídas, o concessionário está constituído na obrigação de oferecer o serviço de modo contínuo e regular. Com efeito, sua prestação é instituída não apenas em benefício da coletividade concebida em abstrato, mas dos usuários, individualmente considerados, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das tarifas a fim de serem servidos. Por isto, aquele a quem for negado o serviço *adequado* (art. 7º, I, c/c 6º, § 1º) ou que sofrer-lhe a interrupção pode, judicialmente, exigir em seu favor o cumprimento da obrigação do concessionário inadimplente, exercitando um direito subjetivo próprio.[44]

É verdade que o art. 6º, § 3º, II, da Lei de Concessões estabelece que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção, mediante prévio aviso "por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade". A cautela existente na parte

41. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, cit., p. 337.

42. A própria Constituição, no art. 37, § 3º, I, com a redação advinda da EC 19, de 4.6.1998, indicou que a lei deveria regular as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: "I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços".

43. Sem embargo, o STF, no RE 262.651-SP (rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.11.2004, *DOU* 6.5.2005) pronunciou-se no sentido de que tal modalidade de responsabilização só se reporta aos danos causados aos usuários; mas não cremos que esta decisão isolada tenha a mais remota possibilidade de prosperar.

44. TJDF, *RDA* 39/248 e 55/144.

final deste versículo, leva a entender que algumas interrupções do serviço por inadimplência do usuário seriam inadmissíveis. Pense-se no caso de hospitais ou de estabelecimentos carcerários, ainda que o serviço de água ou de luz, por exemplo, estiverem sendo prestados por concessionário. De toda sorte, o problema das interrupções de serviço, segundo entendemos, não pode ser devidamente equacionado tão só ao lume da legislação ordinária. É que o serviço público, como evidente dever do Estado, é contemplado na própria Constituição. Está-se, pois, em face de matéria constitucional e que envolve direitos básicos da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana. Bem o disse Weida Zancaner: "os direitos dos usuários dos serviços públicos advêm dos princípios informadores do serviço público que têm por fundamento a própria Constituição. Nenhuma lei pode reduzir-lhes ou amesquinhar-lhes os contornos, nem a Administração Pública pode abdicar do fiel cumprimento destes direitos, direitos subjetivos públicos que cada um de nós, como usuários, tem o direito de exercitar contra o Estado-Poder".[45]

Anote-se que a jurisprudência do STJ tem-se inclinado inequivocamente pela possibilidade de interrupção do serviço por inadimplência do usuário, em despeito de alguns notáveis votos vencidos.

Em nosso entender, tratando-se de serviço de uma essencialidade extrema, como é o caso da água, de notória relevância para a saúde pública, ou mesmo de grande importância para a normalidade da vida atual, como os de eletricidade, nem o Poder Público ou o concessionário poderão cortá-los, se o usuário demonstrar insuficiência de recursos para o pagamento das contas mensais. Em tal caso, sua cobrança terá de ser feita judicialmente e só, aí, uma vez sopesadas as circunstâncias pelo juiz, é que caberá ou não o corte a ser decidido nesta esfera.

68. É importante assinalar e encarecer que aos usuários de serviços públicos também se aplicam proteções residentes no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, 11.9.1990). Quanto a isto não há dúvida possível, uma vez que inúmeros de seus dispositivos reportam-se expressamente a serviços públicos.

Assim, seu art. 4º, com a redação dada pela Lei 9.008, de 21.3.1995, estabelece que devem ser atendidos diversos princípios na

45. "Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários", in Juarez Freitas (org.), *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 351.

política Nacional das Relações de Consumo e entre eles o da "VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos"; o art. 6º, X, arrola entre os direitos básicos do consumidor "a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral"; o art. 22, que é o sempre citado pelos administrativistas, dispõe que: "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos" e o parágrafo único estabelece que "nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código"; o art. 59, § 1º, estatui que será aplicada a pena de cassação da concessão "à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual".

Não cabendo discussão quanto à aplicabilidade do Código, as divergências doutrinárias se ferem quanto a extensão de sua aplicação e à identificação das espécies de serviços públicos que estariam sob seu âmbito de incidência. Para Dinorá Grotti ela só ocorrerá quando se trate de serviço individualizadamente remunerado, não cabendo discriminar em função de a remuneração ser denominada taxa ou tarifa.[46] Ao nosso ver esta é a orientação geral correta, aduzindo-se que a aplicação do Código servirá para aportar benefícios suplementares aos que resultam diretamente dos direitos de usuário, conquanto inúmeras vezes, em rigor, estejam correspondendo ou a uma reiteração ou a um detalhamento deles. Entretanto, dadas as óbvias diferenças entre usuário (relação de direito público) e consumidor (relação de direito privado) com as inerentes consequências, certamente suas disposições terão de se compatibilizar com normas de direito público. Então, a legislação do consumidor não se aplicará quando inadaptada à índole do serviço público, ou quando afronte prerrogativas indeclináveis do Poder Público ou suas eventuais repercussões sobre o prestador do serviço (concessionário ou permissionário).

VIII. Formas de extinção da concessão e seus efeitos jurídicos

69. A lei enumera (art. 35) da seguinte forma os casos de extinção da concessão: (I) advento do termo contratual; (II) encampação;

46. Ob. cit., p. 347

(III) caducidade; (IV) rescisão; (V) anulação e (VI) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Consoante entendemos, assim cabe sistematizar as distintas formas de extinção da concessão de serviço público:

a) *Por expiração do prazo fixado no ato da concessão*: esta é, obviamente, a maneira normal, mais comum, de sua extinção. Vencida a dilação estatuída no ato concessivo, finda-se a concessão e os bens do concessionário *aplicados ao serviço* integram-se no patrimônio do concedente, operando-se a chamada "reversão" (art. 35, § 1º), a respeito da qual mais além far-se-ão os esclarecimentos necessários.

b) *Por rescisão judicial*, a pedido do concessionário, quando inadimplente o poder concedente (art. 39), ou a pedido do concedente, quando inadimplente o concessionário, se o Poder Público optar pelo recurso às vias judiciais.

A composição patrimonial entre as partes supõe indenização do capital ainda não amortizado do concessionário e reversão para o Poder Público do equipamento necessário à prestação do serviço. Se tiver havido culpa do concedente, o juiz fixará a composição dos lucros que o concessionário haja deixado de auferir por força da extinção da concessão.[47]

c) *Por rescisão consensual*, quando, por mútuo acordo, concedente e concessionário resolvem antecipar a extinção da relação jurídica. Aqui, a composição patrimonial entre as partes se faz amigavelmente.

d) *Por ato unilateral do poder concedente*: tem lugar quando o Poder Público, por ato próprio, antes da expiração do prazo inicialmente estatuído, resolve extinguir a concessão.

70. A extinção por ato unilateral do concedente compreende três modalidades:

(I) *Encampação* ou *resgate*, que é o encerramento da concessão, por ato do concedente, durante o transcurso do prazo inicialmente fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário haja dado causa ao ato extintivo.[48] Isto sucede quando o Poder Público entende, por alguma razão de ordem

47. STF, *RDA* 95/121.
48. STF, *RDA* 54/105 e 97/165.

administrativa ou política, de assumir diretamente o serviço concedido ou de substituí-lo por outro tipo de serviço mais capaz de satisfazer as necessidades públicas.

Seria o caso, por exemplo, de extinção de serviço de transporte coletivo realizado através de ferrocarris elétricos urbanos ("bondes"), por outro meio, havido como mais adequado pelo Poder Público. Também serve de exemplo o caso histórico da extinção do serviço de iluminação pública a gás de rua pela iluminação elétrica. Nestas hipóteses, por não haver o concessionário dado causa ao ato extintivo, faz jus à indenização pela antecipação do termo final da concessão. Note-se que tal sucede não porque o Poder Público seja inadimplente, uma vez que é direito seu, por razões fundadas de interesse público, extinguir a qualquer momento a concessão, mas porque a antecipação de seu encerramento, em relação ao prazo previsto, *repercute diretamente sobre a equação econômico-financeira*, a qual, como é lógico, é calculada em função de certo lapso de tempo.

Com efeito, a amortização paulatina do capital investido pelo concessionário e os lucros previstos ocorrem ao longo de uma dilação temporal. Daí que o Poder Público, devendo garantir o equilíbrio econômico-financeiro, por ser de natureza contratual, encerrará a concessão quando conveniente, mas garantirá a "expressão econômica" que se realizaria ao longo de certo prazo: aquele *tomado como referência* de seu valor. Portanto, compensará as importâncias que deixarão de ser percebidas e o restante do capital não amortizado, substanciado nos bens que reverterão ao concedente.

71. A Lei 8.987, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37), só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; entretanto, é óbvio e de cristalina obviedade que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes.

Em face da lei, a encampação *depende de lei autorizativa* e só se fará após o pagamento de *prévia indenização* (art. 37).

(II) *Caducidade* ou *decadência*, que é a modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário; isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações.

A inexecução total ou parcial do contrato dará margem à aplicação de sanções ou declaração de caducidade.

A declaração de caducidade tem de ser precedida de verificação da inadimplência em processo administrativo no qual se assegure ampla defesa ao concessionário (art. 38, § 2º). Além disto, tal processo *só terá lugar* depois de comunicadas ao concessionário as falhas ou transgressões que lhe forem imputáveis, conferindo-se-lhe prazo para saná-las e enquadrar-se nos termos contratuais (art. 38, § 3º). Uma vez decidida a caducidade, esta efetuar-se-á por *decreto* do poder concedente (art. 38, § 4º).

72. O arrolamento dos casos que ensejam tal providência (art. 38, § 1º, I a VII) está indicado em termos da mais extrema latitude. Bem a demonstra a hipótese de "descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais e regulamentares concernentes à concessão" (inciso II). Sem embargo, conforme a lei, salvo no caso de transferência da concessão[49] sem anuência do concedente – em que a declaração de caducidade é obrigatória –, nos demais casos, sua decretação, ou a aplicação de sanções outras, ficará "a critério do concedente", respeitadas as disposições contratuais (art. 38, *caput*).

É óbvio que esta "liberdade" conferida ao concedente é descabível e injurídica. Isto porque, a toda evidência, tratando-se de falta ou falha gravíssima, como, por exemplo, "perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido" (prevista no inciso IV do art. 38 em causa), a decretação de caducidade seria inadversavelmente obrigatória. De outro lado, se o descumprimento for de pequena relevância, é claro a todas as luzes que não poderia ser decretada a caducidade, porque, em tal caso, a medida padeceria do vício de "falta de proporcionalidade".

73. Nos casos ensanchadores de caducidade, por ter sido o concessionário a dar causa à extinção da concessão, como violador de suas obrigações, o Poder Público não tem que indenizá-lo senão com relação à parcela não amortizada do capital, representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente.[50]

49. Hipótese, esta, que, já se viu ao tratar da questão (ns. 31 e 33), embora suposta na lei, é inadmissível, por implicar inconstitucional burla ao princípio da licitação.

50. STF, *RDA* 37/307; TFR, *RDA* 54/102; e TJMG, *RDA* 56/234.

A apuração do valor devido será feita no decurso do processo e a indenização – diversamente do caso da encampação – *não necessita ser prévia* e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário (art. 38, §§ 4º e 5º).

(III) *Anulação da concessão*: terá lugar quando houver sido outorgada com vício jurídico. Trata-se, como é claro, de hipótese equivalente à de qualquer outro ato administrativo praticado com violação ao Direito. Se não tiver havido má-fé do concessionário, cabe-lhe indenização pelas despesas efetuadas e, no caso de já se encontrar o serviço em funcionamento, revertidos os bens, terá de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas.

e) *Falência do concessionário*: a decretação judicial da falência do concessionário, que pode ocorrer em razão de sua insolvência oriunda de incapacidade ou deficiência deste na gestão das atividades a que se obrigou – se porventura chegar a ocorrer antes de a Administração extinguir a concessão, por verificar a deterioração dos serviços –, acarretará automaticamente a extinção da concessão, por ser declaração manifesta de que o concessionário não está em condições de prosseguir o serviço.

Neste, como normalmente em todos os casos de extinção da concessão, os bens do concessionário *revertem* ao poder concedente, passando a pertencer-lhe. Isto suscita o interessante problema teórico de se saber como ficará a situação dos credores da massa falida. A questão será examinada logo adiante, ao se cogitar da responsabilidade patrimonial do Estado pelos atos dos concessionários.

f) *Extinção da empresa ou morte do concessionário, se empresa individual*: a razão é óbvia, e dispensa esclarecimentos.

74. Entre nós costumava-se indicar também a desapropriação como forma de extinção da concessão; entretanto, isto não é comum, pelas razões a seguir aduzidas. Não se desapropriam pessoas, mas apenas bens. Logo, não é possível desapropriar uma concessionária, que é um "sujeito de direitos". É certo que os bens de uma concessionária, contudo, podem ser objeto de desapropriação. Se isto ocorrer, a pessoa concessionária não desaparece; apenas há mudança do titular dos bens da empresa, que continua a existir, mas sem qualidade de concessionária.

Por outro lado, a "própria concessão" não pode ser expropriada. Com efeito, só se expropria algo do qual não se é titular. Logo, o próprio poder concedente não pode expropriar um serviço que já é seu; sobre o qual tem plena disponibilidade, pois que lhe pertence.

75. Surgiria ainda o problema de expropriação feita por outra pessoa de Direito Público que não o próprio concedente. Seria o caso, por exemplo, de a União pretender expropriar a própria concessão estadual ou municipal (não os bens da concessionária), uma vez que as recíprocas, desde logo, seriam impossíveis, pois a legislação sobre desapropriação[51] estabelece uma gradação entre as pessoas públicas quanto ao exercício do poder expropriatório de umas em relação às outras. Também aqui não caberia expropriação, uma vez que, se os serviços fossem da alçada do Estado ou do Município, não caberia interferência de outra pessoa de Direito Público, sob pena de violência ao princípio constitucional da discriminação das competências. Esta assegura a autonomia dos Estados e Municípios, a qual também se manifesta pela gestão dos respectivos serviços públicos.[52]

76. A desapropriação de *ações* representativas do capital de uma empresa concessionária também não determina a extinção da concessão, mas, como a de quaisquer bens, a simples mudança dos acionistas, persistindo a pessoa jurídica.[53]

Além disto, o próprio Decreto-lei 3.365/1941 – que é o diploma básico sobre desapropriação –, estabelece restrições ao exercício de tal faculdade, ao dispor, no art. 2º, § 3º (acrescentado que foi pelo Decreto-lei 856, de 11.9.1969), que: "É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine a sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República".

IX. A reversão dos bens

77. A reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão (art. 35, § 2º). Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, *necessários ao exercício do serviço público*, integram-se no patrimônio do concedente ao se findar a concessão. Está visto que a reversão também não é, de modo algum – ao contrário do que às vezes se vê afirmado –, uma forma de extinção da concessão.

51. Art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941.
52. Arts. 25 e 29 do Texto Constitucional brasileiro de 1988.
53. TJSP, *RDA* 81/210.

É, isto sim, uma *consequência* dela; portanto, a pressupõe. Sem a extinção da concessão não há reversão. Esta procede dela, mas, evidentemente, não se confundem as duas coisas.[54]

78. É perfeitamente justo e razoável que ocorra a reversão com o encerramento da concessão. Com efeito, os bens aplicados ao serviço pouca ou nenhuma significação econômica teriam para o concessionário, apresentando, pelo contrário, profundo interesse para o concedente. Realmente, a utilidade dos bens aplicados ao serviço só existe para o concessionário enquanto desfruta desta situação jurídica. Figuremos alguns exemplos para demonstrá-lo. Os vagões ferroviários, as locomotivas, os pátios de manobras, as estações de embarque e desembarque de passageiros ou cargas, os trilhos, só podem ser utilizados, adquirindo, assim, expressão econômica, por um concessionário de transporte ferroviário. Sem esta qualidade a empresa nada poderá fazer com eles, e pouco proveito econômico poderá extrair deles. Reversamente, para o Poder Público eles se constituem precisamente nas condições indispensáveis para prosseguir o serviço.

Os diques, os cais de embarque e desembarque em um porto marítimo, os guindastes, os pequenos ramais ferroviários de transporte, os armazéns, as dragas marítimas, só apresentam significação de alta valia econômica para um concessionário de serviços portuários enquanto desfrutar desta qualidade jurídica. Ao desafetá-los daquela utilidade, não terá como empregá-los, pois se constituem em equipamentos, aderentes ao solo ou não, cuja significação econômica está intimamente relacionada com uma utilização que só pode ser realizada em razão do título jurídico de concessionário de serviços portuários. De revés, para o poder concedente são indispensáveis à continuação do serviço.

Sobremais, substancial parte dos equipamentos em uma concessão de serviço público é constituída de edificações ou bens que aderem ao solo e que não podem ser removidos ou que, em sendo removíveis, perdem nisto toda ou muita de sua substância econômica. Pense-se nas edificações de centrais elétricas, torres de retransmissão, usinas de transformação ou geradores de energia ou, para retornar aos exemplos anteriores, nos armazéns e cais de embarque e desembarque de cargas ou de passageiros.

54. STF, *RDA* 40/313, e TJDF, *RDA* 45/218.

Daí que ao concessionário pequena significação econômica tem o equipamento necessário à prestação do serviço, uma vez finda a concessão. Reversamente, para o concedente eles se constituem na indispensável condição para continuidade do serviço.[55]

79. A razão principal da reversão reside precisamente nisto, a saber: dado o caráter público do serviço, isto é, atividade havida como de extrema relevância para a comunidade, sua paralisação ou suspensão é inadmissível, por ofensiva a valores erigidos socialmente como de superior importância. O Poder Público, como guarda e responsável pela defesa dos interesses públicos, não pode permitir que estes sejam sacrificados ou postergados em nome de objetivos ou interesses particulares, individuais. Por isso, é assente na doutrina o princípio da *continuidade do serviço público*, o qual supõe a *reversão* como meio de dar seguimento à prestação da atividade, quando extinta a concessão do serviço.

Finalmente, é bem de ver que, no ato da concessão, os prazos fixados, quando longos, e as tarifas estabelecidas – que não são, já se viu, imutáveis, mas constituem elementos para composição da equação econômico-financeira –, ao delinearem o conteúdo patrimonial do acordo, são estabelecidos em vista não só de proporcionar lucro ao concessionário, mas também de amortizar-lhe o capital, paulatinamente. Por isso, quando a concessão se extingue por expiração de prazo, os bens aplicados ao serviço já estarão amortizados e o lucro esperado já terá sido fruído (salvo quando hajam ocorrido inversões em época próxima à do advento do termo previsto para ela). Segue-se, então, que a reversão do equipamento é consequência natural, pois o concessionário já haverá extraído da concessão tudo o que patrimonialmente podia esperar dela: lucro e compensação do capital investido, cuja equivalência haverá percebido ao longo do período de exploração do serviço.

80. É evidente, de outro lado, que, se o prazo da concessão for curto, ou muito baixas as tarifas, não haverá tempo suficiente para amortização integral do capital. Neste caso, opera-se, igualmente, a reversão, mas o poder concedente deverá, para respeitar o equilíbrio patrimonial, indenizar o concessionário pelo valor remanescente não amortizado do equipamento que se incorpora a seu patrimônio.

55. Referindo-se à reversão, habitualmente prevista nas concessões, diz Waline, em síntese admirável: "Cette clause se légitime au profit du concédant qui a besoin de ces objets pour continuer immédiatement l'exploitation et au profit du concessionarie, qui ne saurait que faire de ces objets désormains sans utilité pour lui" (*Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Sirey, 1963, p. 727, n. 1.238).

Quando, diversamente, a concessão se encerra antes de concluir o prazo – que fora concebido como elemento de compensação dos investimentos e da remuneração dele –, operam as regras já consideradas a propósito das diferentes formas de extinção da concessão.

Pode-se, então, à vista de todo o exposto e acompanhando a mais autorizada doutrina, afirmar, em conclusão, que: se o instrumento da concessão nada dispuser a respeito da *reversão*, a existência dela se *presume* e será onerosa ou gratuita para o Poder Público, dependendo de já ter havido, ou não, a amortização total ou parcial do capital representativo do equipamento aplicado ao serviço.

X. Síntese da composição patrimonial no encerramento da concessão

81. Visto que o equipamento necessário à prestação do serviço reverte para o concedente – se não houver disposição em contrário no ato de concessão –, cabe apresentar, sumariamente e em conclusão, o esquema da composição patrimonial entre concedente e concessionário ao se encerrar a concessão.

a) Se esta finda por expiração normal do prazo previsto, o concedente deverá apenas implementar o valor do capital *ainda não amortizado* (se ocorrer tal hipótese), computando, inclusive, para efeito de abatimento no valor devido, a depreciação dos bens, proveniente do desgaste ou da obsolescência deles.

b) Se esta finda antes do prazo previsto, cumpre considerar as seguintes hipóteses.

Encerrada a concessão sem culpa do concessionário (encampação ou resgate), o concedente deverá, além de pagar-lhe, na forma da hipótese "a", o equipamento necessário ao serviço revertido ao seu patrimônio, compensar-lhe os lucros não auferidos, mantendo, destarte, íntegra a equação econômico-financeira.

Encerrada a concessão por culpa do concessionário (decadência ou caducidade) ou por decisão judicial que a reconheça, o concedente nada terá a compensar ao concessionário pela antecipação do término da concessão. Deverá apenas pagar-lhe o equipamento revertido, com dedução da parte já amortizada, da depreciação por desgaste ou obsolescência e dos prejuízos que haja sofrido em razão da necessidade de extinguir antecipadamente a concessão. Estes poderão já estar previstos em cláusula penal ou corresponder a indenização por danos efetivamente sofridos.

XI. Responsabilidade do concessionário e subsidiária do Estado pelos danos a terceiros causados em razão do serviço

82. O concessionário – já foi visto – gere o serviço *por sua conta, risco e perigos*. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, o art. 37, § 6º, cujos termos são os seguintes: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Isto significa, conforme opinião absolutamente predominante no Direito brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando a relação causal entre a atividade e o dano.

Ao nosso ver, entretanto, nos casos de danos por omissão, para engajamento da responsabilidade é necessário que tenha havido omissão culposa ou dolosa, a qual, todavia, há de ser havida como presumida, admitindo, entretanto, prova em contrário. Para aprofundamento do tema da responsabilidade pública remetemo-nos ao capítulo próprio.

Ressalte-se que para a deflagração da responsabilidade pública tal como prevista no art. 37, § 6º, o Texto Constitucional não faz qualquer exigência no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano o sejam a título de usuários. Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às "pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos". Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado. Por sur-

preendente que seja, o Supremo Tribunal Federal, em um caso de particular prestador de serviço público, já decidiu em sentido inverso ao que se vem de sustentar (RE 302.622-4-MG, acórdão prolatado em 16.11.2004).

83. Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia *atividade estatal*, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros *por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos*. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em *responsabilidade subsidiária* (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado.

É razoável, então, concluir que os danos resultantes de *atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço*, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, *no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente*.

O fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia *no lugar do Estado* e só pôde ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente.

Exauridas as forças do concessionário, desaparece o intermediário que, por ato do concedente, se interpunha entre o terceiro prejudicado e o próprio concedente. Este, por conseguinte, emerge espontaneamente na arena jurídica, defrontando-se diretamente com o lesado, para saldar compromissos derivados do exercício de atuação que lhe competiria.

84. Já, os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço – ainda que assumidos a fim de se instrumentar para a prestação dele – não são suportáveis pelo concedente no caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte. Não pode, em suma, contar antecipadamente com que o Estado respalde economicamente o con-

cessionário, pois tal não se dá. O concessionário, pessoa de Direito Privado, de objetivos econômicos, está, ao agir nesta qualidade, sujeito, como qualquer empresa, aos percalços naturais da atividade empresarial; terceiros não podem deixar de levar em consideração este fato.

85. Em face do que se expôs, é preciso considerar a posição dos credores diante da falência de concessionários, pois, conforme visto, por ocorrência dela opera-se em favor do concedente a reversão dos bens aplicados ao serviço.

Já por força da reversão, já por força do princípio da continuidade do serviço público – que, aliás, estriba a necessidade de reversão –, fica perceptível a todas as luzes que os credores não se poderiam saciar no acervo requerido para a prestação do serviço. De outro lado, também não poderiam, pelo só fato de a falida ser concessionária, ver simplesmente escamoteados os recursos sobejantes correspondentes à massa.

Então, desde logo, concorrem aos bens da concessionária não afetados à prestação do serviço, pois no que a estes concerne é estranho o poder concedente. Outrossim, consoante já visto, o concedente assumirá responsabilidade subsidiária integral pelos prejuízos resultantes da própria execução do serviço.

86. Põem-se, agora, em pauta tão só os créditos estranhos à hipótese acima aludida. A solução, no que a estes concerne, será o Estado responder *até o montante do valor dos bens revertidos*, porquanto, graças à reversão, assumiu para si o acervo que seria garante dos credores.

XII. Permissão de serviço público

87. Além da concessão, vale-se o Estado de outra modalidade de prestação indireta dos serviços públicos através de pessoa de Direito Privado, isto é, utiliza-se, ainda, do instituto da "permissão de serviço público", cujo conceito, todavia, como ao diante se dirá, vem-se esgarçando e perdendo os contornos que tradicionalmente se lhe reconheciam.

Em face disto, será necessário digredir um pouco sobre tal instituto, antes de examinar o tratamento grotesco, teratológico, que lhe dispensou a Lei 8.987.

88. Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral[56] e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.[57] Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação.

Nos termos da Lei 8.987, a permissão assujeita-se às disposições deste diploma (parágrafo único do art. 40)

89. O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros.[58]

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando; a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.

Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização – traço que se lhe dava como característico – não acarretaria consequências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias.

90. Certamente em consideração a tal uso, *que lhe é o conatural*, a quase totalidade da doutrina brasileira, tradicionalmente,

56. Conquanto o parágrafo único, inciso I, do art. 175 da Constituição Federal, que trata conjuntamente de concessões e permissões, fale em "contrato", evidentemente o fez com imprecisão técnica de redação, pois a expressão, obviamente, só pode estar reportada às concessões, embora, do modo como está posta a linguagem normativa, abarcasse a ambas.

57. STF, *RDA* 54/44 e 96/121.

58. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, p. 559.

qualifica a permissão de serviço público como ato unilateral e precário pelo qual a Administração Pública outorga a alguém o direito de prestá-lo.[59]

Dita *precariedade* significa, a final, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, *sem obrigação de indenizar o permissionário*. Esta última característica, aliás, é apontada como grande ponto de antagonismo entre a permissão e a concessão de serviço público,[60] na qual o Poder Público também pode, por igual fundamento, alterar ou eliminar o vínculo que travara com o concessionário, ficando, todavia, assujeitado a indenizá-lo pelos agravos econômicos que destarte lhe cause.

91. Ocorreu, entretanto, que, conforme reiteradamente averbamos em edições anteriores deste livro e tal como já o havíamos feito em trabalho monográfico mais antigo,[61] o uso da permissão, entre nós, vem sendo desnaturado.

A Administração confere, a título de permissão, serviços públicos que demandariam permanência, estabilidade e garantias razoáveis em prol de seu prestador. Surgiram, até mesmo, leis que preveem outorga de permissão para serviços cujo desempenho implica investimentos de considerável monta (transporte coletivo de passageiros, por exemplo).

59. V., *e.g.*: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., p. 559; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 348; Luciano Benévolo de Andrade, *Curso Moderno de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 83; Sérgio de Andréa Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, Rio de Janeiro, Est. Gráficos Borsói, 1979, pp. 246 e 247; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 451-454; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, pp. 246 e 247.

60. Assim, por exemplo, Sérgio de Andréa Ferreira prelecionou: "Distinta da concessão é a permissão de serviço público, que é um mero ato unilateral do Poder Público, com a característica da precariedade da situação daí resultante" (*Direito Administrativo Didático*, Rio de Janeiro, Est. Gráficos Borsói, 1979, p. 246). No mesmo sentido Luciano Benévolo de Andrade, ao averbar: "Basicamente, a permissão se diferencia da concessão, por ser ato unilateral e a título precário. Portanto, não gera direitos adquiridos ao permissionário e pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo" (*Curso Moderno de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 83).

61. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 60.

Em sendo precária a permissão, o permissionário fica em situação de instabilidade perigosa quando os valores econômicos em jogo são de grande monta. É bem de ver que o uso da permissão em tais casos incentiva a corrupção, porque, de um lado, enseja pressões indevidas, fáceis de se fazer sobre quem não tenha garantia nenhuma de segurança quanto à permanência do vínculo, e, de outro, porque o sujeito que não é assistido por direito algum recorre a quaisquer meios para obter o que não se lhe quer dar de direito. É claro que, perante situações do gênero, a forma óbvia de evitar a perigosa instabilidade inerente às permissões, com os consectários maus efeitos, seria a de outorgar tais serviços em concessão.

Sem embargo, ao invés de encaminhar-se para esta solução natural, o Poder Público ou manteve a permissão com suas características típicas, em despeito (ou até por causa) dos malefícios aludidos, ou, então, para evitá-los, trilhou, algumas vezes, o esdrúxulo caminho de simplesmente fixar um prazo para as sobreditas permissões, retirando do instituto sua característica nuclear. Esta contradição, evidentemente, só pode existir quando se faz uso impróprio da permissão e bem revela que se trata de instituto *prestante apenas para situações efêmeras, transitórias* ou enfrentáveis a título precário para acudir eventualidades contingentes, até regular solução delas.

92. Justamente em face de tal realidade, muitos doutrinadores ressalvam que pode ocorrer de surgirem atos denominados como permissões, porém concedidos a prazo certo ou com condicionamentos à faculdade de revogação. Diante de hipóteses do gênero, os estudiosos dividem-se nas seguintes orientações:

a) Uns entendem que, em tais casos, da designação permissão não se pode depreender precariedade, pois tratar-se-á de um contrato, como o disse o eminente José Horácio Meirelles Teixeira,[62] ou consideram que, em havendo prazo, é *imprópria* a designação adotada para a relação jurídica[63] e os efeitos do ato irão equiparar-se ou

62. "Permissão e concessão de serviço público", *RDP* 6/100 e 7/114.

63. As palavras "permissão", "concessão", "autorização", "ato unilateral", "contrato", bem como quaisquer outras usadas em Direito, evidentemente, não guardam qualquer correlação lógica necessária com aquilo que designam, tal como se passa com quaisquer outras palavras usadas na linguagem corrente ou em quaisquer ciências.

Palavras são meros rótulos que apomos sobre os objetos, sem que uns e outros tenham, entre si, uma conexão que, em abstrato, os predique reciprocamente. O que existe é um uso *convencional* delas, sem o quê a comunicação humana seria impossível (Gordillo, Hospers, Carrió, Hart).

quase equiparar-se aos de uma concessão, opinião sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[64] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[65] opinião de que também compartilhamos.

A convenção da qual decorre seu uso forma-se em algum momento histórico. Ora é fruto da reiterada utilização, *na lei*, de uma expressão por ela mesma cunhada para designar o objeto jurídico que construiu (o que é evidente sobretudo no caso dos institutos mais recentes); ora decorre da frequência com que a doutrina haja se servido de uma dada nominação para referir um certo objeto marcado por determinadas características de direito e que termina por ser encampada na lei ou na jurisprudência; ora resulta do uso que esta última faça de uma dada expressão incorporadora de um certo conteúdo. O fato é que concorrem todos influenciando-se, reciprocamente, para pacificação do uso de uma certa palavra como designativo de um certo objeto jurídico.

Os termos jurídicos, suas palavras, ou seja, estas nominações convencionais, constituem-se em signos que representam *de uma forma breve*, sintética, um objeto do Direito. Tal como, na linguagem corrente, quando alguém pronuncia a palavra "avião" está se dispensando de dizer (por hipótese) "artefato mais pesado que o ar prestante para voar e transportar passageiros e/ou carga", na linguagem jurídica, ao falar-se em "hipoteca", "penhor", "enfiteuse" etc., estar-se-á, igualmente, prescindindo de expor suas características, já que são havidas como presumidamente contidas naquelas expressões breves. Para isto servem as palavras designadoras dos institutos jurídicos.

Assim, quando se usa em Direito a palavra "permissão", há nisto o pressuposto de que ela é uma designação *convencional* prestante para isolar um dado objeto jurídico, isto é, um ser do mundo do Direito; logo, caracterizado como um termo correlacionador de princípios e normas. Em suma: ao ser mencionada a palavra "permissão", tem-se como presumido que se trata de uma denominação que isola um certo regime jurídico uniforme, no que se compreendem, então, obviamente, certos requisitos para sua emissão válida e determinadas consequências conformadoras da relação jurídica criada, de maneira a que as partes e terceiros se encontram perante um plexo de princípios e normas capazes de conferir uma "identidade", reconhecível por um *mínimo de pontos* em comum. Este mínimo é que torna plausível e consequente a existência da palavra em causa.

Donde, quando os estudiosos do Direito dizem que a "permissão" é *precária*, estão a tomar como pressuposto que este uso convencional da palavra "permissão" é respeitado pelos interlocutores: demais estudiosos que versam a matéria, legisladores, administradores e magistrados. Se tal uso coincidente deixa de ser respeitado, a palavra perderá o único préstimo em função do qual era utilizada. É por isto que, para evitar uma autêntica "babel", espera-se e pressupõe-se um uso consequente da terminologia jurídica.

É óbvio que uma relação jurídica não se identifica meramente pelo fato de estar batizada de um ou de outro modo, mas pelo conjunto de normas proposto para regulá-la. Sem embargo, é lícito presumir que, ao ser nominada de tal ou qual maneira, o intérprete deverá pressupor que foi referida segundo a acepção técnica que lhe é própria, *com as inerentes consequências*; isto é: com o regime jurídico pertinente. Donde, quando se percebe que a disciplina atribuída a uma dada relação jurídica não corresponde à nominação técnica que lhe foi dada, diz-se que recebeu qualificação imprópria, justamente por estar-se perante figura jurídica diversa da que corresponderia à sobredita nominação (recebida esta na conformidade de seu sentido técnico corrente).

64. Ob. e loc. cits.

65. Ob. e loc. cits.

b) Outros consideram tratar-se de uma normação excepcional da permissão, caso de Hely Lopes Meirelles[66] e Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[67] os quais sustentam que, bem por isto, terá regime diverso do que lhe é conatural, ensejador, então, de maiores garantias ao permissionário, como as de ser indenizado em caso de prematura extinção.

c) Há ainda os que admitem, como Cretella Jr.,[68] que existem, simplesmente, duas modalidades de permissão: uma simples, sem prazo, que pode ser revogada sem ensejar indenização, e outra "qualificada", vale dizer, com prazo certo e exigente de indenização. Substancialmente, não é distinta a opinião de Diógenes Gasparini,[69] que já a sustenta há muitos anos e para quem não procede o dizer-se que a permissão seja precária, pois seu regime será tal ou qual dependendo do que o Direito dispuser em cada caso ao respeito.

d) Finalmente, Lúcia Valle Figueiredo expressamente declara que não vê como possa ser utilizada para a "implementação de serviços públicos, de natureza continuada, de serviços que postulem continuidade (...)", pois, em sua forma clássica, tal como a configura a doutrina brasileira, a permissão é unilateral e precária. Entende que "deve ser ato bilateral, precedido de licitação, e jamais poderia ter natureza precária (...) sobretudo se alocados grandes capitais". Sustenta que – se, já no passado, não lhe parecia existir diferenças quanto ao regime jurídico entre permissão e concessão de serviço público – desde a Constituição de 1988 não é mais possível predicar-lhe precariedade, pois foi colocada "*pari passu* com a concessão de serviço público".[70]

93. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após apresentar sua definição de permissão, qualificando-a como ato precário, e indicar que esta é uma das características do instituto, traça um quadro panorâmico, sintético e didático, demonstrativo das transformações que vem sofrendo na prática e das consequências que daí começam a ser extraídas. Vale transcrever suas palavras:

66. Ob. e loc. cits.

67. Ob. e loc. cits.

68. *Direito Administrativo*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 129.

69. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 258 e ss.

70. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 120-123.

"Não obstante seja de sua natureza a outorga *sem prazo*, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação da permissão dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (1989:351) denomina de *permissão condicionada* e Cretella Jr. de *permissão qualificada*.

"Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trate de *permissão de uso de bem público* (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com o prazo estabelecido.

"Daí as permissões *com* prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de já haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina (cf. Meirelles Teixeira, in *RDP* 6/100 e 7/114) e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto (cf. Ivan Barbosa Rigolin, 1988:639-644). Talvez por isso, a Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso I, refira-se à permissão como contrato."[71]

94. Na jurisprudência reflete-se a mesma tendência de aceitar que, em princípio, as permissões de serviço público hão de ser consideradas como um ato precário,[72] sem embargo de existirem situações nas quais, *in concreto*, reputa-se que haverá de lhe ser recusado tal caráter, o que ocorrerá, desde logo, quando concedida a prazo certo e mesmo em outras situações nas quais o permissionário haja incorrido em pesados investimentos e/ou venha desenvolvendo a prestação do serviço há longo tempo, bem como nas que estejam reguladas de modo a impor cerceios à livre revogabilidade.[73]

71. Ob. e pp. cits.

72. TJSP, 5ª C., Ag. 68.537, j. 3.9.1954, *RDA* 41/225; STF, Pleno, RMS 4.607, j. 22.11.1957, *RDA* 54/114; TJSP, 6ª C. Civil, AgPet 226.385, j. 30.10.1973, *RDA* 121/304; STF, 1ª T., RE 74.873, j. 20.2.1973, *RDA* 114/273.

73. Assim, o STF, no RMS 18.787, 1ª T., j. 7.10.1968 (*RDA* 97/185), decidiu que: "Adquirido o direito à exploração do serviço de transporte coletivo, não pode a

Anote-se que o problema descrito propõe questão diversa da simples necessidade inelutável de a permissão ter estabelecido um termo final. *É que não podem ser outorgadas permissões suscetíveis de perdurar "ad aeternum". **Terão que ter um termo final estipulado.***

95. Para complicar, ainda mais, um quadro jurídico já confuso, desde a Constituição de 1988, intérpretes desavisados passaram a entender que a permissão de serviços públicos adquiriu natureza contratual, circunstância, esta, que, naturalmente, viria a engendrar uma identificação entre tal instituto e a concessão de serviços públicos *no que cada qual tem de mais significativo.*

Dita conclusão rebarbativa foi extraída da defeituosa redação do art. 175, I, no qual a palavra "contrato" é utilizada indistintamente, de modo a abranger ambos os institutos. Esta linguagem infeliz não pode ter sido senão uma impropriedade redacional, pois, se o texto nominou dois institutos, é claro que os acolheu como entidades jurídicas distintas.

Logo, não se pode reputar embutido em tal texto o propósito de parificá-los justamente naquilo que tem sido proposto como determinante de suas recíprocas contraposições e apresentado como da essência de cada qual: a *unilateralidade* e *precariedade* da permissão e, inversamente, na concessão, a *contratualidade*, que traz consigo, *conaturalmente*, a oferta de segurança patrimonial ao concessionário no atinente aos investimentos, amortização deles e auferimento da remuneração do capital invertido. Donde, afirmada a contratualidade de ambos, disto teria de advir, inevitavelmente, sua parificação no que concerne ao teor da vinculação recíproca entre o Poder Público

Administração revogá-la, unilateralmente, com prejuízo da empresa permissionária". Em seus votos, os julgadores deste feito enfatizaram que a permissionária havia cumprido todas as obrigações regulamentares e efetuado pesados investimentos. A Suprema Corte, no RMS 17.296, 1ª T., j. 14.10.1968 (*RDA* 99/254), proferiu acórdão assim ementado: "A permissão para exploração de serviço de transporte coletivo não pode ser anulada, unilateralmente, dês que instalado e em funcionamento o serviço". Saliente-se que, embora a ementa, erroneamente, fale em anulação, tratava-se de revogação da permissão. Ainda aqui, sublinhou-se o fato de o permissionário haver feito investimentos significativos, assim como a circunstância de estar há longos anos prestando o sobredito serviço. O TJSP, no MS 198.320, 3ª C. Civil, j. 21.10.1971 (*RDA* 110/253), decidiu que: "A permissão concedida por prazo certo para exploração de linhas de ônibus somente pode ser revogada por motivo justo, previsto em lei ou regulamento". Foi acentuada a existência de certificado de conveniência e utilidade válido por cinco anos, bem como a existência de despesas significativas efetuadas pela permissionária.

e sua contraparte, pena de a expressão "contrato" converter-se em um *flatus vocis*.

96. Pois bem, foi perante este panorama confrangedor e à vista de tantos desconcertos que a Lei 8.987, ao invés de tomar uma posição clara e definida em relação ao instituto da permissão, atribuindo-lhe uma caracterização certa – isto é, como ato unilateral e precário, ou, inversamente, como contrato –, optou por tentar conciliar o inconciliável e instaurou o caos mais absoluto.

Deveras, o art. 40 da lei, como se pretendera rivalizar com o "Samba do Crioulo Doido",[74] estatuiu: "A permissão de serviço público será formalizada mediante *contrato de adesão* que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, *inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente*" (grifamos). "Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei."

É diante deste quadro "kafkiano" que se tem de enfrentar a questão de saber-se se, a final, a permissão é ou não um ato precário e se pode ser cancelada sem que o permissionário faça jus a qualquer indenização, ou, pelo contrário, se se trata de um contrato, caso em que não poderá ser precário e o permissionário fará jus à indenização na hipótese de encerramento injustificável ou efetuado antes de findo o prazo contratual.

Com efeito, qualquer contrato outorga direitos ao contratado e assegura-lhe, quando menos, direito à indenização se for extinto prematuramente ou sem razão jurídica válida, sendo certo, ademais, que os contratos "de adesão" – a menos que assim se qualifiquem também os contratos administrativos – não ensejam aos contratantes, bem ao contrário do que ocorre com os contratos administrativos, a possibilidade de extinção por ato unilateral de quem lhes redigiu as cláusulas.

74. Esta é a letra do outrora famoso samba de Sérgio Porto: "Foi em Diamantina/Onde nasceu JK/Que a princesa Leopoldina/Arresolveu se casá/Mas Chica da Silva/Tinha outros pretendentes/E obrigou a princesa/A se casar com Tiradentes/Lá iá lá iá lá ia/O bode que deu vou te contar/Lá iá lá iá lá iá/O bode que deu vou te contar/ Joaquim José/Que também é/Da Silva Xavier/Queria ser dono do mundo/E se elegeu Pedro II/Das estradas de Minas/Seguiu pra São Paulo/E falou com Anchieta/O vigário dos índios/Aliou-se a D. Pedro/E acabou com a falseta/Da união deles dois/Ficou resolvida a questão/E foi proclamada a escravidão/E foi proclamada a escravidão/ Assim se conta essa história/Que é dos dois a maior glória/Da. Leopoldina virou trem/E D. Pedro é uma estação também/O, ô, ô, ô, ô, ô/O trem tá atrasado ou já passou/O, ô, ô, ô, ô, ô/O trem tá atrasado ou já passou".

97. Dada a irremissível contradição existente no dispositivo *sub examine*, estamos em que a solução há de ser a que deriva da natureza do instituto; aquela que lhe é tradicionalmente reconhecida, isto é, a de ato unilateral e precário, significando este último qualificativo que, em sendo encerrada a permissão por decisão do permitente, não há direito à indenização.

Outro não poderia ser seu significado, pois, quanto à possibilidade de extinção prematura de um vínculo, o mesmo se passa com a concessão de serviço público e nem por isto é qualificável como precária. Por outro lado, entretanto, ato administrativo algum pode ser praticado senão tendo por fundamento um interesse público real que o supedaneie. E o mesmo, portanto, se passará com a permissão. Fora daí, o ato extintivo será nulo.

O parágrafo único do dispositivo em causa indica que à permissão aplica-se o disposto na lei; lei, esta, que rege basicamente a concessão. Se fora para em tudo e por tudo igualar-se à concessão, não haveria dois institutos, mas um só. Assim, haver-se-á de entender que o que há de errado no art. 40 é a menção a contrato – sobretudo com este ridículo apendículo: "de adesão" –, e não a referência ao seu caráter precário. Segue-se que não pode haver espaço para permissões a prazo, pois, fixado este, nos casos de encerramento prematuro do vínculo sem que o permissionário haja dado causa ao ato extintivo, irromperá inevitavelmente o direito à indenização.

Esta é, segundo nos parece, a solução de direito.

98. Das observações feitas, entretanto, não se segue que a Administração esteja liberada para outorgar permissões – buscando a liberdade que corresponderia ao seu caráter precário – em hipóteses não compatíveis com o préstimo natural do instituto; ou seja: em hipóteses nas quais sua contraparte deva realizar investimentos de monta e em que o adequado cumprimento do serviço demanda estabilidade, requerida para que o empreendedor possa organizar-se e instrumentar-se satisfatoriamente, com os correlatos dispêndios.

Se, entretanto, voltar a ocorrer o dislate de serem conferidas permissões fora de seu destino natural, tal como sucedeu frequentemente no passado, reintroduzir-se-ão os mesmos problemas e questionamentos que dantes se puseram e que já foram mencionados.

Deveras, até o presente, a Administração movimentou-se com amplíssima e *juridicamente inadmissível liberdade* para *disciplinar*, como bem quis, o tema das outorgas de titulação para que particula-

res se investissem na condição de prestadores de certos serviços públicos, notadamente o de transporte coletivo de passageiros, de tal sorte que, *sem nenhuma base legal prestante*, dispôs a seu alvedrio sobre as condições retoras de tais vínculos.

É fato, igualmente, que esta inadmissível liberdade jamais foi contendida, até porque, como é sabido e ressabido, o Executivo, entre nós, mediante regulamentos, portarias e instruções ou até mesmo através de atos de compostura peculiar, movimenta-se desenvoltamente em campos que necessariamente dependeriam de regulação legal e o faz sem questionamentos, sem indignação social ou dos meios jurídicos (basta lembrar os decretos-leis expedidos ao tempo das Cartas de 1967 e 1969 ou as medidas provisórias da Constituição de 1988, praticamente todos manifestamente inconstitucionais). Segue-se que, até o presente, não tem havido alternativa alguma para os interessados em se candidatarem à prestação de tais serviços senão a de enquadrar-se nas regras, por mais inadequadas que sejam, traçadas pela Administração segundo o próprio arbítrio.

Conquanto indevidamente, tem-se reconhecido a tais atos administrativos uma virtualidade jurídica que seria a própria de lei e tal circunstância *não pode ser inconsequentemente ignorada*, pois à sombra deles instauraram-se situações jurídicas que perduram há longos anos e que, obviamente, acarretaram – inclusive para que fossem atendidas as condições das quais dependia a mantença do serviço – obrigação dos outorgados de efetuarem pesados e contínuos investimentos em equipamentos, instalações, bem como o indefectível engajamento em relações trabalhistas, com os encargos sociais e tributários que lhes são correlatos.

Assim, em face disto, sobreposse nas permissões deferidas a prazo certo – mormente quando a própria lei autorizava outorga em tais termos –, mas também naqueloutros em que, mesmo sem quaisquer destas garantias, o permissionário já efetuara dispêndios de vulto, *tornou-se impossível desconhecer a relevância jurídica destes fatos* e o consequente direito do permissionário, seja a uma estabilidade do vínculo análoga à da concessão, seja – correlatamente – ao direito a ser indenizado nos casos em que a extinção unilateral da permissão se efetuava sem que o permissionário houvesse incorrido em falta que a justificasse.

O princípio da lealdade e da boa-fé, na generalidade dos casos, agregado ao da presunção de legitimidade dos atos administrativos naqueloutros, sobretudo se havia previsão legal ou mesmo regula-

mentar de prazo, impunham tais soluções, as quais acabaram por sensibilizar a doutrina e algumas vezes também os pretórios.

Note-se que, sendo a boa-fé um princípio geral de Direito e o princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos um princípio básico do Direito Administrativo, a adoção de interpretações que os prestigiem não significa uma liberalidade por parte do intérprete, seja ele juiz ou outro aplicador do Direito, mas representa atendimento obrigatório ao próprio sistema jurídico, pois, como disse Eduardo García de Enterría, figura pinacular do Direito Público contemporâneo: "Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones".[75]

Assim, se vierem a reproduzir-se as situações teratológicas referidas, não haverá senão reproduzir estas mesmas soluções apontadas, de tal sorte que as permissões de serviço público converter-se-ão em verdadeiras contrafações das concessões de serviço público, devendo, por isto, ser responsabilizados os agentes públicos que lhes derem causa, sejam de que hierarquia forem.

99. De fora parte estes aspectos discutidos e que se radicam precisamente nos pontos diferenciais entre concessão e permissão, no mais, consoante dispõe o precitado parágrafo único do art. 40 da Lei 8.987, à permissão aplicam-se as normas da referida lei, com uma ou outra adaptação correspondente a estes mesmos pontos diacríticos.

XIII. Situações transitórias na Lei de Concessões

100. Vale registrar que, em suas "Disposições Finais e Transitórias" a Lei 8.987 estabeleceu uma série de regras para disciplinar a situação das atuais concessões, preservando, no art. 42, evidentemente pelo prazo que lhes competia, as que se encontravam em situação

75. *Curso de Derecho Administrativo*, obra conjunta com Tomás-Ramón Fernández, 14ª ed., vol. I, Thomson-Civitas, Madri, 2008, p. 484.

regular. No § 1º dispôs que, vencido este prazo seriam licitadas. Todavia, no art. 43 e seu parágrafo único, *em manifesta afronta à Constituição*, ampliou o que deveria ser entendido por *regular*, para acolher como tais as concessões outorgadas *sem licitação* anteriormente à vigência da Constituição de 1988,[76] como se o dever de licitar ou o princípio da igualdade houvessem sido instaurados apenas a partir da última Lei Magna brasileira! Com o advento da Lei 11.445, de 5.1.2007, o referido § 1º foi alterado, estabelecendo-se que, vencido o prazo da concessão a que aludia a cabeça do artigo, o serviço poderia ser delegado a *terceiros* mediante novo contrato ou prestado por órgão ou entidade do concedente, circunstância esta última que é da mais acaciana obviedade – logo, sem nenhuma necessidade de ser incluída na lei. Parece, então, que o que se pretendeu, ao suprimir a referência à licitação na outorga a terceiros, foi insinuar, de modo insidioso, a possibilidade de fazê-lo sem licitação, o que, todavia, é peremptoriamente inadmitido pelo art. 175 da Constituição.

Quanto às concessões *não regulares*, isto é, que houvessem sido outorgadas "em caráter precário" ou que estivessem com *prazo vencido* (subentende-se em 13.2.1995, data da Lei 8.987, já que estava em causa disposição transitória) ou constituídas por prazo indeterminado, foi estabelecido, no § 2º do art. 42, que ainda permaneceriam válidas por um prazo *nunca inferior a 24 meses*, ou seja, pelo menos até 13.2.1997, período estimado como o *mínimo* indispensável à realização de estudos e levantamentos necessários à organização das licitações para as concessões que as deveriam suceder. Não foi estabelecido prazo máximo.

Possivelmente porque, vencido este prazo mínimo, não foram realizadas novas licitações ou ao menos não o foram em muitos casos, a referida Lei 11.445, de 5.1.2007, entre as alterações que promoveu no art. 42 em causa, fixou, no § 3º por ela introduzido, que tais concessões, "inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação", terão validade *máxima* até 31 de dezembro de 2010, desde que atendidas *cumulativamente*, até 30 de junho de 2009, as seguintes três condições:

76. Com efeito, nos citados preceptivos foram implicitamente tomadas como regulares as concessões outorgadas *sem licitação antes do advento da Constituição de 1988*, salvo se as obras ou serviços pertinentes não houvessem sido iniciados, estivessem atrasados ou paralisados quando da sobrevinda da lei, hipótese na qual – aí, sim – seriam consideradas extintas, *juntamente com aqueloutras que houvessem sido outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988*.

I) levantamento o mais completo possível de todos os elementos necessários ao cálculo de eventual indenização de investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos vinte anos anteriores à publicação da Lei 8.987/1995;

II) acordo entre concedente e concessionário quanto a critérios e formas de indenização de eventuais créditos remanescentes apurados consoante indicado e auditados por instituição especializada escolhida por acordo entre as partes;

III) publicação na imprensa oficial de autorização do concedente, uma vez cumpridos os itens I e II, para continuidade precária dos serviços por um prazo de seis meses, renovável até 31.12.2008.

O § 6º dispôs que, ocorrendo o acordo, a indenização relativa à parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital providenciado pelo próprio concessionário ou seu controlador, poderá ser paga mediante receitas de *novo contrato*. Não ocorrendo o acordo, na conformidade do § 4º o cálculo da indenização dela far-se-á na conformidade dos critérios previstos na concessão ou, inexistindo estes, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados, conforme definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuado por empresa de auditoria independente, escolhida de comum acordo pelas partes e, conforme § 5º, será pago mediante garantia real, por meio de quatro parcelas anuais, iguais e sucessivas, quitando-se a primeira delas até o último dia útil do exercício em que ocorrer a reversão dos bens.

O *novo* contrato a que se refere o § 6º, parece ser a explicação para o intervalo que resultou do termo final da prestação precária dos serviços (seis meses renováveis uma vez até 31.12.2008) ou seja, 30.6.2009 e a data fatal de *31.12.2010* (prevista na cabeça do § 3º). Há aí, como se vê, um intervalo de um ano e meio. Ele seria preenchível pelo *novo* contrato, só efetuável por quem houvesse atendidas as condições do § 3º. Trata-se, apenas, de saber aquilo que poderá constar de novo neste *novo contrato* sem que haja burla ao princípio da licitação decorrente de modificações no contrato antigo.

A principal questão que se propõe é a de saber se tais autorizações precárias, prorrogações e o mencionado *novo contrato* são inescusáveis para o Poder concedente, constituindo-se, então, em

direito de quem vinha prestando o serviço ou se são meras possibilidades de que o Poder Público se servirá caso lhe pareça adequado. Estamos em que se trata de mera possibilidade. Isto porque, uma das condições de prorrogação é a de que o Poder Público até 31.12.2008 publique a referida autorização precária. Não está dito que será obrigado a fazê-lo. Pelo contrário, está obviamente presumido que pode fazê-lo ou não. Logo, se o Poder concedente preferir, pode reassumir o serviço ou abrir licitação para ele, desde *que previamente realize o levantamento a que alude o inciso II do § 3º e providencie a indenização cabível.*

É que, se a lei deseja que os possíveis beneficiários da autorização precária e ou da prorrogação, e até mesmo de um novo contrato, sejam indenizados na forma prevista, com maior razão haverá de desejá-lo para os que nem ao menos venham a desfrutar de tais situações favoráveis. Em suma: seria uma iniquidade que, além de não lhes ser conferido dito benefício admitido pela lei, ainda devessem ficar em situação comparativamente desvantajosa no que concerne à indenização que lhes fosse devida. Assim, descartada que estaria a possibilidade de indenização por via das tarifas estipuladas para um novo contrato, haverão de ser indenizados uma vez concluída a apuração do valor devido, efetuando-se o pagamento *quando menos* em quatro prestações, anuais e sucessivas, com garantia real, vencendo-se a primeira prestação até o último dia útil do exercício em que ocorrer a reversão dos bens, tudo à moda do previsto nos §§ 4º e 5º.

Ditas regras são extensivas às permissões, no que couber, dado que, nos termos do art. 40, parágrafo único, precitado, a elas se aplica o disposto na Lei 8.987.

Quanto às concessões de energia elétrica, a Lei 9.074, de 7.7.1995, também estabelece possibilidade de prorrogações, regulando a matéria em seus arts. 19 e ss.

XIV. A parceria público-privada (PPP)

101. A Lei 11.079, de 30.12.2004 (*DOU* 31.12.2004) criou uma "espécie nova", no Brasil, de concessão de serviço ou obra pública. Dita lei apresenta-se como norma geral de licitação e contratos, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como às respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades controladas por tais

sujeitos. Vem instituir, *como modalidade de concessão*, a chamada *parceria público-privada*[77] e estabelecer normas para licitá-la.

De acordo com a citada lei, a parceria "é o contrato administrativo de concessão" efetuado ou na modalidade "patrocinada" ou na modalidade "administrativa" (art. 2º).

As normas que as regulam, obviamente, são as que ali foram estabelecidas. *Adicionalmente a elas*, conforme disposição de seu art. 3º, aplicam-se às concessões *administrativas* o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei 8.987 e o art. 31 da Lei 9.074/1995. Tais preceptivos são concernentes ao ressarcimento da Administração, por parte do vencedor da licitação, pelos gastos que hajam sido feitos com os estudos, levantamentos ou projetos vinculados à concessão e postos à disposição dos licitantes; às cláusulas essenciais do contrato de concessão; à responsabilidade da concessionária pelos prejuízos que cause ao concedente, usuários ou terceiros; à transferência de concessão e garantias de financiamento; aos poderes do concedente, bem como à possibilidade de os autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo participarem da licitação ou da execução de obras e serviços.

Por disposição expressa de seu art. 3º, § 1º, às concessões *patrocinadas* acudirão *subsidiariamente* as normas da Lei 8.987/1995, as quais, embora a lei, neste passo, não o diga, também serão assim aplicáveis, quando cabível, às concessões administrativas.

As concessões comuns de serviços e obras não sofrem qualquer influxo desta lei e persistem sujeitas à Lei 8.987/1995 e leis correlatas, conforme indicado no art. 3º, § 2º, da Lei 11.079. É a diferença de regimes entre umas e outras – o das parcerias é muitíssimo mais benéfico para o contratado – que *tornaria impossível a transformação de atuais concessões comuns em parcerias, sob pena de favorecimento e inconstitucional burla ao princípio da licitação*.

77. Trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da Sra. Tatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A "parceria público privada", que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista – outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros –, constitui-se na *crème de la crème* do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras. Nem mesmo o Governo do Sr. Fernando Cardoso, em despeito de sua álacre submissão aos ditames do FMI, ousou patrociná-la, talvez por uma questão de decoro.

Também os contratos administrativos, em geral, que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa continuam, a teor do § 3º do art. 3º, regidos exclusivamente pela correspondente legislação, isto é, a Lei 8.666/1993.

Valor, prazo e objeto das parcerias público-privadas

102. Só se admitem contratos de parceria quando o valor contratual for equivalente a pelo menos 20 milhões de Reais e o período de prestação de serviços não inferior a 5 anos, o qual, de resto, não poderá exceder de 35 anos (art. 2º, § 4º, I e II, e art. 5º, I).

Como a lei pretende que as parcerias público-privadas (PPPs) sejam consideradas modalidades de concessão de serviço público, *obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público* (ainda que para isto necessite englobar outras atividades); vale dizer: seu objeto será necessariamente a *prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados*.[78] Assim, toda tentativa de efetuar PPPs tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato.

Anote-se que a lei, em seu art. 4º, III, indicou algumas atividades que obviamente não poderiam estar compreendidas no âmbito das PPPs (atividade jurisdicional, atividade regulatória, poder de polícia e atividades exclusivas do Estado). É claro que não precisaria mencioná-lo, seja porque ninguém da área jurídica imaginaria que atividades exclusivas do Estado pudessem ser trespassadas a particulares, seja, liminarmente, porque ditas atividades, em nosso Direito, não são tecnicamente *serviço público*, estando, pois, por definição, fora do âmbito das PPPs.[79]

Modalidades

103. A modalidade *patrocinada* é a própria concessão de serviço ou de obra de que fala a Lei 8.987 quando, "adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários", envolver contraprestação pecuniária do

78. V. Capítulo XI, ns. 1-5 e 8-16.

79. Tantas e tais são as imperfeições desta lei que se nota haver sido preparada por pessoa ou pessoas jejunas em Direito, totalmente desconhecedoras de noções jurídicas, mesmo as mais primárias.

contratante público ao contratante privado, ambos ali denominados "parceiros" (§ 1º do art. 2º).

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para *poupar* investimentos públicos ou para *acudir à carência deles*, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsada pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, *pressupõe que existam disponíveis* e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto.

104. A modalidade *administrativa*, de acordo com a lei, é o contrato de *prestação de serviços* ainda que envolva, de par com eles, a execução de obra e fornecimento ou instalação de bens e equipamentos,[80] em que a Administração Pública é apresentada como a usuária direta ou indireta deles (§ 2º, c/c o § 4º, III, do art. 2º).

Como se vê, é bastante nebulosa a caracterização da parceria na modalidade administrativa.

Conforme foi dito, a PPP é legalmente apresentada como modalidade de concessão de serviço público. Relembre-se que o que diferencia a concessão de serviço público de outros contratos de prestação de serviço é o fato de o contratado se remunerar *mediante a exploração do serviço*, por ele mesmo efetuada, normalmente pela cobrança de "tarifas" diretamente dos usuários – conquanto esta não seja necessariamente sua única forma de remuneração. Deveras, o que faz distinto um *contrato de prestação de serviços de limpeza pública*, por exemplo, de uma *concessão do serviço de limpeza pú-*

80. Seu objeto terá de compreender outros serviços, isto é, não pode se limitar a fornecimento de mão de obra, de bens e instalação de equipamentos ou execução de obra pública. Estas são as expressões literais dos dispositivos pertinentes a esta questão – art. 2º, § 2º: "Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens"; § 4º: "É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: (...) III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública".

blica? O serviço, em si, é o mesmo. A única distinção entre eles é que no primeiro o contratado é remunerado pela Administração por prestar tal serviço, não passando de mero executor material; e no segundo o concessionário se remunera cobrando ele próprio sua retribuição dos usuários. É a modalidade de retribuição o que os faz distintos, já que nesta segunda hipótese o desempenho do serviço é *transferido* ao concessionário, que o presta *em nome próprio, por sua conta, risco e perigos*, de sorte que não é um simples executor material dele. Bem por isto, ele mesmo é que procede à captação de sua remuneração junto ao público. Normalmente o faz, como dito, pela cobrança de tarifas.

Eis por que, a fim de tentar caracterizar dita modalidade como concessão, a lei não teve alternativa senão a de qualificar a Administração Pública como usuária dos serviços prestados, como aquela que paga as *tarifas*. Foi expressamente nominada como usuária, eventualmente "indireta" – expressão rebarbativa, que se propôs a costear o fato evidente de que os verdadeiros usuários, obviamente, são os administrados, e que ela é simplesmente quem remunera o prestador do serviço.

Ora, se é a Administração, e não o público, quem remunera o parceiro privado, aqui se vê novamente uma contradição entre o que é aduzido para justificar a instituição das PPPs – a alegada carência de recursos – e a disposição normativa de fazer com que a Administração assuma dispêndios que poderiam ser poupados com o uso da modalidade comum de concessão.[81]

Concessão administrativa: a falsa concessão

105. Dever-se-ia depreender, apesar da profunda obscuridade aludida, que, enquanto na parceria "patrocinada" o concessionário (sob a designação de parceiro privado) se remunera parte por tarifas cobradas do público e parte por pagamento que o Poder Público (sob a designação de parceiro público) lhe faz, na parceria administrativa o particular se remunera exclusivamente por "tarifas" de um serviço público do qual a Administração é "a usuária direta ou indireta".

Ocorre que é praticamente impossível conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração com-

81. Nisto se evidencia que o verdadeiro propósito que lhes anima a introdução é o puro e simples desejo de prestigiar ao máximo o ideário neoliberal de atribuir a particulares a gestão de atividades públicas.

pareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens. Logo, o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, *não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra* – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão. Deveras, não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um passe de mágica, esta qualidade. Também não basta chamar de tarifa o pagamento feito ao prestador de serviço em um contrato desta índole para que tal pagamento se converta em tarifa e o dito contrato se transforme em uma concessão; assim como não bastaria chamar uma cadeira de alto-falante para poder irradiar sons por meio dela.[82]

106. Assim, percebe-se que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, *é a realizar um simples contrato de prestação de serviços* – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos. Ou seja: quer ensejar aos contratantes privados (os parceiros), nas "concessões" administrativas tanto como nas patrocinadas, vantagens e garantias capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado. Pretendeu atribuir-lhes os benefícios a seguir indicados, e que existem *tanto na concessão administrativa quanto na concessão patrocinada*, assim como também ofertou aos seus financiadores benefícios surpreendentes.

Benefícios aos contratados nas parcerias público-privadas: vantagens e garantias

107. A Lei 11.079 veio possibilitar aos parceiros privados:

a) que seu contrato, a teor do art. 5º, I, dure até 35 anos, ao invés dos 5 anos prorrogáveis por mais 1 ano, que é o máximo estabelecido na Lei 8.666/1993, e ainda assim apenas para certos contratos;[83]

82. Foi este meio grotesco o de que se utilizou a Prefeitura Municipal de São Paulo, na última gestão, para efetuar contratos de prestação de serviço de recolhimento de lixo com prazo correspondente ao de concessões, atribuindo tal nome ao contrato e chamando de "tarifa" o pagamento que fazia ao prestador. É evidente que o contrato em tais condições é nulo de pleno direito.

83. De acordo com o art. 57 da Lei 8.666/1993, os contratos por ela regidos terão a duração dos créditos orçamentários, isto é um ano, salvo as exceções ali indi-

b) que ao contratado sejam dadas garantias literalmente inimagináveis nos contratos em geral, tais as que constam do art. 8º, isto é: vinculação de receitas – *o que é inconstitucional*; instituição de fundos especiais previstos em lei – *o que também é inconstitucional* e não poderia, mesmo, ser feito enquanto não sobrevenha lei complementar regulando a instituição de fundos; contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por organismos financeiros internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público ou por fundo garantidor ou *empresa estatal criada para esta finalidade* ou outros mecanismos admitidos em lei – sendo, outrossim, *inconstitucionais estas duas últimas hipóteses*;

c) que sejam empregados, como prevê o art. 11, III, mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, o que seria inadmissível nos contratos administrativos em geral e *a fortiori* nas concessões de serviço ou obra pública, seja em que modalidade for, por estar em causa o interesse público, que não é bem disponível, mas *res extra commercium*, e a respeito do qual só o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório. Assim, tal dispositivo consideramo-lo *inconstitucional*, conforme antes deixamos anotado (n. 21). Todas estas inconstitucionalidades serão melhor analisadas logo ao diante;

d) que o pagamento aos parceiros privados possa ser feito pelas mais variadas formas, previstas no art. 6º, compreendendo um leque de alternativas que assegurem, de algum modo, a satisfação das pretensões creditícias de sua contraparte, de maneira a que o parceiro público não tenha como se esquivar sob a alegação de falta de recursos disponíveis. Ei-las: de fora parte ordem bancária (I), também poderá fazê-lo mediante (II) cessão de créditos não tributários, (III) outorga de direitos em face da Administração Pública, (IV) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, ou (V) outros meios admitidos em lei;

e) além disto, a bem retratar a proteção de seus interesses, quando se trate de atualização automática de valores baseada em índices e fórmulas matemáticas, não há necessidade de homologação administrativa, salvo se a Administração publicar na Imprensa Oficial, dentro em 15 dias da apresentação da fatura, razões fundamentadas na lei ou no contrato para rejeitar a atualização. Em suma: o parceiro privado não necessitará do parceiro público para efetuar estes aumentos de "tarifas", a menos que este o embargue na forma indicada;

cadas, por força das quais poderá ocorrer hipótese de um contrato durar cinco anos. A Lei Geral de Concessões, n. 8.987/1995, não estabelece prazo máximo para elas, como se viu no item III do presente capítulo.

f) a previsão contratual de "penalidades" em caso de inadimplemento, a que se sujeitará o parceiro público (assim como também o parceiro privado), conforme previsão do art. 5º, II.

Garantias ofertáveis ao financiador do parceiro privado

108. No que atina às garantias ofertadas ao financiador do parceiro privado,[84] a lei permitiu, no art. 5º, § 2º, I, II e III, que o contrato enseje:

a) que a Administração autorize, nos termos de requisitos e condições ali previstos, a transferência do controle da sociedade de propósito específico (já que o parceiro privado deverá obrigatoriamente assim estar constituído, consoante o art. 9º) para seus financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, sem que estes tenham necessidade de possuir "capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço", que lhes seriam exigíveis a teor do parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987, de 13.2.1995, mas expressamente afastadas neste caso (!) – o que, de resto, é *gritantemente inconstitucional*;

b) a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

c) o reconhecimento de legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de PPPs.

O contrato de parceria:
gestão por sociedade de propósito específico

109. A teor do art. 9º e parágrafos, a implantação e a gestão do objeto da parceria serão efetuadas por sociedade de propósito específico, constituída antes do travamento do contrato, a qual poderá assumir a forma de companhia aberta com valores mobiliários negociáveis no mercado. É vedado ao Poder Público deter a maioria de suas ações, salvo quando sua aquisição for efetuada por instituição

84. Pode-se, talvez, presumir que serão sobretudo instituições financeiras estrangeiras que aportarão tais recursos.

financeira controlada pelo Poder Público em face da inadimplência de contratos de financiamento.

O contrato de parceria:
liberação de pagamentos ao parceiro privado

110. Seguindo o que é comum nos contratos administrativos de prestação de serviço, o pagamento ao parceiro privado pela execução contratual só poderá ser feito após a disponibilização do serviço objeto do contrato (art. 7º), sendo facultado, se os termos contratuais o contemplarem, pagar a contraprestação relativa à parcela já fruível do serviço (parágrafo único).

O contrato de parceria: diretrizes e cláusulas contratuais

111. A lei aponta determinadas "diretrizes" para os contratos de parceria. Estão mencionadas no art. 4º. São elas: (I) eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; (II) respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; (III) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; (IV) responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; (V) transparência dos procedimentos e das decisões; (VI) repartição objetiva de riscos entre as partes; (VII) sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Com exceção da "repartição objetiva de riscos entre as partes", todas as demais diretrizes, obviamente, não precisariam ser referidas. Com efeito, ninguém no mundo imaginaria que os contratos em apreço deveriam buscar *ineficiência* tanto no cumprimento das missões estatais quanto no emprego de recursos; nem que deveriam *desrespeitar os interesses e direitos dos destinatários* dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; nem que, por via deles, fossem *delegados a função jurisdicional do Estado, ou sua função regulatória, ou o exercício do poder de polícia ou de quaisquer outras atividades que o próprio dispositivo menciona como "exclusivas do Estado"*; nem que as parcerias se empenhassem na busca da *irresponsabilidade fiscal*; como também ninguém suporia que ditos contratos devessem primar pela *falta de transparência* dos procedimentos e das decisões. Do mesmo modo não se suporia que vieram

para promover a *insustentabilidade financeira* e *desvantagens socioeconômicas*. Assim, seria o caso de perguntar: por que tais dispositivos foram incluídos na lei?[85]

De fora parte outros aspectos que já foram mencionados, cabe ressaltar algumas disposições residentes no art. 5º, reportadas a cláusulas contratuais.

Dentre as que ainda não foram comentadas merecem referência as que constam dos incisos III, VIII e IX do art. 5º, relativas a repartição de riscos, prestação de garantias pelo parceiro privado e compartilhamento econômico dos ganhos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito.

Repartição de riscos. Garantias exigidas do parceiro privado. Repartição de ganhos

112. O inciso III do art. 5º estabelece que serão repartidos os riscos entre as partes, inclusive os decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Na concessão comum, como já se viu, o concessionário age por sua conta, risco e perigos, de sorte que não são repartidos os riscos inerentes a qualquer empreendimento (cf. n. 61), isto é, os que correspondem à chamada *álea ordinária*. Inversamente, correm por conta do concedente os que resultem da chamada *álea extraordinária*, ou seja, os oriundos do fato do príncipe, os compreendidos no âmbito da teoria da imprevisão e das chamada sujeições imprevistas. Também por conta do concedente correm os riscos que resultem de suas faltas contratuais, os quais, por óbvio, sempre haverão de ser imputados ao seu causador, nada importando, quanto a isto, tratar-se de concessão comum ou PPP.

Não nos parece possível onerar o parceiro privado com o encargo de repartir riscos oriundos do fato do príncipe, pois, conforme aplausível comento da eminente Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio constitucional da responsabilidade do Estado impe-

85. Antes mesmo de imaginar uma resposta, já se pode saber que o preparo da lei em questão foi atribuído a alguém alheio à esfera jurídica, pois quem fosse deste ramo jamais cometeria uma infantilidade de tal ordem. Deve ser coisa de economista ou administrador. Para explicar a existência de um artigo simplório a este nível não nos acode ao espírito senão a hipótese de que seu propósito seja a ingênua suposição de, por tal modo, granjear boa receptividade para as parcerias, fazer supor que se tratou de uma lei bem-intencionada e arrefecer a atenção para o escandaloso cúmulo de garantias inconstitucionais ofertadas aos parceiros privados e seus financiadores.

diria tal solução.[86] O Poder Público é que teria que assumir as consequências de seu ato.

Já, os provenientes das situações caracterizáveis como imprevisão podem ser divididos entre os parceiros, se é esta a determinação legal. O mesmo, entretanto, nem sempre valeria, ao nosso ver, no caso das "sujeições imprevistas" (Capítulo X, n. 52, "d", e n. 63 do presente capítulo). Se o parceiro privado atuou sobre informações técnicas que hajam sido oferecidas e afiançadas como bastantes pelo Poder Público, o surgimento de situação imprevista resultará de responsabilidade de quem as forneceu. Não havendo tal circunstância, aí, sim, caberá repartição dos prejuízos.

Cumpre ter cuidado com o que pode ser caracterizado como *fortuito*. Nesta tipologia não se poderia incluir o insucesso na estimativa quanto ao afluxo de usuários do serviço ou seu superveniente declínio, sob a arguição de que sobrevieram causas fortuitas para determinar tal resultado. Os prejuízos que disto decorram terão que ser inteiramente suportados pelo parceiro privado, sem divisão alguma com o parceiro público, pois fazem parte da álea normal do empreendimento.

113. O parceiro privado, como ocorre em inúmeros contratos, deverá prestar garantias de execução compatíveis com os ônus e riscos envolvidos. Estas, conforme o art. 5º, VIII, no caso das parcerias administrativas não ultrapassarão o limite de 10% do valor do contrato, acrescido, quando for o caso, do valor dos bens que a Administração lhe haja entregado, e dos quais será depositário (§§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/1993). No caso das parcerias patrocinadas não ultrapassarão o valor da obra (inc. XV do art. 18 da Lei 8.987/1995).

114. O inciso IX do art. 5º prevê que os ganhos econômicos obtidos pelo parceiro privado em decorrência da redução do risco de crédito nos financiamentos que utilizou serão compartilhados com a Administração Pública. A hipótese é aparentemente improvável e de difícil operacionalização prática – com o quê seria inconsequente a atribuição de tal vantagem ao parceiro público.

Licitação nas parcerias público-privadas

115. A licitação das parcerias público-privadas está disciplinada nos arts. 10 a 13 da Lei 11.079/2004. Far-se-á sempre por concorrên-

86. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed., São Paulo, 2005, p. 171.

cia, obedecendo fundamentalmente ao procedimento previsto na Lei 8.666/1993, mas o edital observará, no que couber, certas disposições da Lei 8.987/1995, tais as contidas nos §§ 3º e 4º do art. 15 – que são as concernentes à recusa de propostas inexequíveis e à preferência, em igualdade de condições, à proposta de empresa brasileira; as estabelecidas no art. 18 – que indicam o conteúdo do edital; no art. 19 – relativas à participação de empresas em consórcio; e no art. 21, já referido – que dispõe sobre o acobertamento dos gastos administrativos com estudos e projetos.

Além disto, o objeto da parceria deverá estar previsto no Plano Plurianual em vigor na esfera governamental correspondente e as despesas implicadas para o Poder Público hão de se conter nas condições e limites que derivem da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4.5.2000). A minuta do edital submeter-se-á a consulta pública, abrindo-se um prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões.

116. As fases de habilitação e julgamento poderão ser invertidas, de modo que, se o primeiro colocado vier a ser desclassificado, só então se examinará a habilitação do segundo classificado, e assim sucessivamente. O julgamento pode ser precedido por fase de qualificação de propostas técnicas, eliminando-se as que não atingirem a pontuação mínima exigida.

Como critérios de julgamento, além dos estabelecidos nos incs. I e V do art. 15 da Lei 8.987 (ou seja, menor valor da tarifa; menor valor da tarifa combinado com melhor técnica), poderão ser adotados os seguintes: menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração; combinação deste critério com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

As propostas econômicas, dependendo do estabelecido no edital, poderão ser feitas por escrito em envelopes lacrados ou escritas seguidas de lances de viva voz, os quais serão efetuados na ordem inversa da classificação das propostas escritas. Se o edital assim o estabelecer, tais lances ficarão restritos àqueles cujas propostas escritas não hajam excedido em 20% a melhor proposta.

A lei prevê a possibilidade de o edital admitir saneamento de falhas, complementação de insuficiências e correções de ordem formal, se forem efetuadas dentro de prazo fixado no instrumento convocatório. Anote-se que, dependendo da hipótese, tal tolerância pode ferir o princípio da igualdade e dar margem a favoritismos, gerando nulidade.

Disposições aplicáveis apenas à União

117. A Lei 11.079/2004 possui disposições aplicáveis tão só à União, versando aspectos financeiros relativos às parcerias público-privadas.

De acordo com o art. 16, a União, suas autarquias e fundações públicas foram autorizadas a criar, no limite de 6 bilhões de Reais, um Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas destinado a prestar garantia ao pagamento das obrigações contraídas por parceiros públicos federais. Tal Fundo, com natureza privada e com patrimônio separado do de seus cotistas, será criado, gerido, administrado e representado, judicial e extrajudicialmente, por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União (art. 17). As cotas podem ser integralizadas em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais – ou de uso especial ou uso comum previamente desafetados para tal fim – e ações de sociedade de economia mista federal até o limite da mantença de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial (art. 16, § 4º).

Alguns importantes dispositivos foram incluídos, para prevenir desmandos. Assim, de um lado, o art. 22 estabelece que "a União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios". De outro lado, o art. 28 proíbe que a União conceda garantia ou realize transferência voluntária a Estados, Distrito Federal e Municípios se "a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios" (redação dada pela Lei 12.766, de 27.12.2012).

Inconstitucionalidades da Lei das Parcerias Público-Privadas

118. A Lei 11.079 padece de insalváveis inconstitucionalidades, apesar das alterações que o Senado aportou ao projeto oriundo da

Câmara, para minimizar um pouco o caráter escandalosamente lesivo aos interesses públicos que caracterizava a iniciativa do Executivo. Parecer exarado pelo ilustre publicista Kioshi Harada, por solicitação da OAB/Seção de São Paulo, as examina cuidadosamente.[87] Em seu valioso estudo sobre as parcerias a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro também o invoca.

Não nos recordamos de alguma outra lei que conseguisse reunir uma tal quantidade e variedade de inconstitucionalidades, maiormente se se considera que tem apenas 30 artigos. A tais inconstitucionalidades foi feita menção, de passagem, ao serem referidos benefícios e garantias outorgados a parceiros privados e seus financiadores. Cumpre examiná-las, agora, com maior detença.

Vinculação de receitas

119. Há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por *vinculação de receitas*. Conforme foi flagrado pelo Prof. Harada, a proibição de vinculação de receitas residente no art. 167, IV, da Constituição *só pode ser excepcionada nos casos que especifica*, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara. A única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo). Além disto, na primeira hipótese, sempre conforme observado pelo citado jurista, a prestação de garantias suposta naquele dispositivo nem ao menos tem o mesmo sentido que lhe é próprio no Direito Privado. Sua finalidade não é garantir algum credor, mas "preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público (dívida pública) e o valor da receita antecipada", para prevenção de desequilíbrio orçamentário. Na segunda hipótese está claríssimo que o que entra em pauta são débitos de Estados ou Municípios para com a União.

Em suma: receita pública jamais pode ser vinculada a garantia de créditos de particular, sob pena de escandalosa inconstitucionalidade.

87. *Boletim de Direito Administrativo* 3/308-315, NDJ, março/2005. O texto também é encontrável no *site* do *Jus Navigandi* 597 (25.2.2005).

Fundos especiais

120. A suposição de garantia mediante instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, contemplada no art. 8º, II, é, também ela, grosseiramente inconstitucional, e a autorização constante do art. 16, para um Fundo Federal, de 6 bilhões de Reais, Garantidor de Parcerias Público-Privadas, consegue alcançar o desprimoroso resultado de incidir simultaneamente em diversas inconstitucionalidades.

É que ditos fundos se constituiriam com bens públicos. Ora, bens públicos, como é sabido e ressabido, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, visto que a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no art. 100 da Constituição, isto é, com o atendimento dos precatórios, na ordem de sua apresentação, pelas correspondentes verbas consignadas no orçamento ou nos créditos adicionais para tal fim abertos, admitindo-se apenas, em caso de violação da precedência de algum credor, o sequestro da importância necessária, determinado pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda (v. Capítulo XX, ns. 105 e 106).

De resto, a utilização de tais fundos em benefício de parceiros privados ou de seus financiadores, se não estivesse constitucionalmente obstada pela razão exposta, estaria embargada por outro obstáculo constitucional. É que, ao privilegiá-los no confronto com todos os restantes credores do Poder Público, ficariam agredidos, à força aberta, o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade, impostos pelo art. 37 da Constituição. Com efeito, se o despautério suposto no art. 8º, II, da Lei 11.079 fosse utilizável, ali estaria consagrada uma escandalosa e inconstitucional ofensa ao princípio da igualdade. É que todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os superprotegidos "parceiros" e seus financiadores.

Kioshi Harada, em seu nunca assaz citado parecer, anota que o inciso II do art. 8º "atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37 da CF); dribla o art. 165, § 9º, II, da CF e o art. 36 do ADCT; infringe o art. 167, IV, da CF; contraria o princípio da quantificação dos créditos orçamentários inserto no art. 167, VII; violenta o princípio da fixa-

ção prévia das despesas, que está previsto no art. 167, II. Ademais, esvazia, em parte, o conteúdo dos arts. 70 e 71 da CF, que cometem ao Congresso Nacional a importantíssima missão de fiscalizar e controlar os gastos públicos, ferindo de morte o princípio da legitimidade, que deve presidir o controle sob o prisma da legalidade e da economicidade da execução orçamentária e financeira".

121. Quanto ao Fundo Federal Garantidor de Parcerias Público-Privadas, previsto no art. 16, além das inconstitucionalidades mencionadas, incorre ainda em outra, também observada por Harada em seu parecer, de leitura obrigatória. A saber: não podem ser instituídos novos fundos enquanto não sobrevier a lei complementar prevista no art. 165, § 9º, II, da Constituição, de acordo com o qual a ela compete "estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração direta e indireta bem como *condições para a instituição e funcionamento de fundos*". Enquanto não forem definidas tais condições pelo aludido instrumento legislativo, é óbvio que não há como instituí-los. Isto é particularmente claro ao se cotejar o dispositivo com o estatuído no art. 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este determinou – com ressalva de duas hipóteses perfeitamente estranhas a fundos garantidores de parcerias – a extinção de todos os até então existentes, admitindo apenas a sobrevida dos que, dentro em dois anos, fossem ratificados pelo Congresso Nacional. Não consta que até agora isto haja ocorrido em relação a qualquer fundo extinguível. Eis, pois, que a Constituição encarou os fundos com certa prevenção, e entendeu necessária a adoção de cautelas especiais em relação a eles: a prévia estatuição, em lei complementar, de condições para que pudessem ser instituídos e para seu funcionamento, como consta do mencionado art. 165, § 9º, II; de sorte que, antes disto, não há lugar para o surgimento de novos fundos.

Acresce que os recursos que devem constituir tal Fundo Federal (cotas integralizáveis em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais – ou de uso especial ou uso comum previamente desafetados para tal fim! – e ações de sociedade de economia mista federal até o limite da mantença de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial, conforme o art. 16, § 4º) estão previstos como devendo provir não só da União, mas também de suas autarquias e fundações públicas. Ora, estes sujeitos da Administração indireta foram criados para cumprir finalidades específicas, e têm, portanto, seus recursos atrelados às correspondentes destinações. Por isto, assiste total razão à Profa. Maria Sylvia Zanella

Di Pietro ao dizer que, vigorando em relação a eles o princípio da especialidade, somente lei específica nominando as pessoas afetadas poderia ensejar que seus recursos fossem distraídos para finalidade estranha a suas razões de existir.[88]

Empresa estatal garantidora

122. É, outrossim, inadmissível a criação de empresa estatal garantidora de obrigações oriundas de PPPs. Não apenas porque isto seria um evidente desnaturamento da índole de tais entidades – concebidas que são para prestar serviços públicos ou para desenvolver empreendimentos econômicos, e não para servir de garantes a créditos de terceiros –, mas porque instituí-las com este objetivo seria buscar por vias transversas os mesmos fins que os fundos não podem atingir, pena de ofenderem à generala o disposto na Constituição. Isto é: estariam, também, a produzir burla ao sistema de satisfação de créditos insolutos contra o Poder Público, estabelecido no art. 100, e a incidir na violação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativas.

Mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem

123. Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares (cf. n. 21). Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

88. Ob. cit., p. 177.

Assunção, por financiador, do controle da sociedade de propósitos específicos

124. Como foi referido (n. 109), a implantação e gestão do objeto da parceria será efetuada por sociedade de propósito específico, constituída antes do travamento do contrato e da qual o Poder Público normalmente não poderá deter maioria acionária.

É desenganadamente inconstitucional a possibilidade conferida à Administração pelo art. 5º, § 2º, I, de autorizar a transferência do controle de tal sociedade para os financiadores da parceria sem que estes previamente demonstrem "capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço" quando o objetivo for reestruturá-la financeiramente e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. O art. 37, XXI, da Constituição, mesmo pretendendo reduzir ao máximo as exigências a serem feitas para os pretendentes a eventual travamento de contrato com a Administração, não abriu mão de "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". É claro, pois, que a lei das PPPs não poderia fazê-lo.

125. Eis aí, pois, cinco tópicos viciados de inconstitucionalidade – às vezes por mais de uma razão – e reconhecíveis *prima facie* na Lei 11.079/2004.

Capítulo XIII

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E NO DOMÍNIO SOCIAL

I. Introdução. II. Intervenção do Estado no domínio econômico. III. Intervenção do Estado no domínio social.

I. Introdução

1. A fisionomia do Direito Administrativo em cada país, seus contornos básicos, seus vetores e perspectivas são determinados pelo Direito Constitucional nele vigente. Assim, pois, todos os institutos interessantes ao Direito Administrativo que dizem com a intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social haverão de consistir na aplicação concreta dos correspondentes comandos residentes na Constituição. Cumpre, portanto, verificar quais são as diretrizes que a Lei Maior impôs nestas matérias.

Diz o art. 170, que abre o capítulo "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica":

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

"Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

De seu turno, o art. 193, primeiro do título "Da Ordem Social", estabelece: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Ambos os preceptivos, conquanto suficientemente claros e explícitos, devem ser tomados em conexão com o art. 3º, no qual a Lei Magna faz uma explícita proclamação do projeto regente da República Federativa do Brasil – e, pois, de todo o Direito Público brasileiro –, com afirmar: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Ressalte-se, ainda, que são fundamentos da República, consoante o art. 1º: "I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político". Deve-se referir, outrossim que o art. 5º, encartado entre os direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece, no inc. XXIII, que "a propriedade atenderá a sua função social".

2. Tão forte é a preocupação constitucional com alguns destes bens jurídicos, que os mencionou em diferentes qualidades ou funções, conferindo-lhes, dessarte, uma acentuada ênfase. Assim, o empenho em relação à realização da justiça social fez com que comparecesse tanto como princípio da ordem econômica (art. 170) quanto da ordem social (art. 193). O compromisso com a melhoria das condições sociais da população e sua harmonização em todo o país levou a apresentar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais quer como objetivo fundamental da República (art. 3º, III), quer como um dos princípios da ordem econômica (no inc. VII do art. 170). A soberania nacional é mencionada como um dos fundamentos da República (art. 1º, I) e como princípio da ordem econômica (inc. I do art. 170). A livre iniciativa e os valores sociais do trabalho são referidos como fundamentos da República (art. 1º, IV) e especificamente da ordem econômica (art. 170), sendo que a este último foi atribuída primazia na ordem social. E a

função social da propriedade é referida nos princípios da ordem econômica (inc. III do art. 170) e entre os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXIII).

3. À vista dos dispositivos citados, é claro a todas as luzes que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado Brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados. Com isto, arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal. Aliás, uma verdadeira aberração do ponto de vista do neoliberalismo é o disposto no art. 219, de acordo com o qual: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal".[1]

1. Compreende-se que pessoas alheias ao meio jurídico e ignorantes das bases em que se assenta a República defendam a aplicação em nosso Direito de lineamentos e instituições típicos do neoliberalismo, supondo que aquilo que é proposto como bom pela propaganda externa – e que certamente o é para os interesses dos países cêntricos, de suas multinacionais, e para a especulação financeira internacional – é bom para o Brasil, e deve ser de imediato aqui aplicado, como o fez com incontido entusiasmo o Governo que assolou o país entre janeiro de 1995 e final de 2002. Já as pessoas do meio jurídico, ao defenderem, como se possíveis fossem ao lume de nosso Direito, posições antitéticas a tudo o que consta da Constituição, e não apenas no que diz respeito a questões relacionadas com a ordem econômica, deixam à mostra um humilhante servilismo mental, típico dos povos subdesenvolvidos, que orgulhosamente exibem, na crença de que são modernos, de que estão *up to date* com o que é difundido pelos países cêntricos, notadamente Estados Unidos, a partir de ideias gestadas, grande parte delas, na Inglaterra durante o período da Sra. Tatcher. Chega a ser grotesca a tentativa que alguns fazem – convictos de que assim se revelam evoluídos e atualizados – de assimilar nosso Direito a modelos plenamente compatíveis com as ordens constitucionais alienígenas, mas inteiramente inadaptados à nossa. Deste teor são as exortações quase que infantis em prol de uma "exegese evoluída de nosso Direito Constitucional", que enseje propiciar amplo poder normativo às agências reguladoras, ou para a submersão da ideia de serviço público a bem da economia de mercado e livre concorrência. Não se sabe que acrobacia exegética será capaz de dar ao dispositivo transcrito um sentido consentâneo com as aspirações dos nossos arautos jurídicos embasbacados com os ares modernos do neoliberalismo.

II. Intervenção do Estado no domínio econômico

Conceito de atividade econômica em nossa Constituição

4. Tendo em vista as premissas mencionadas é que deve ser examinada a intervenção na ordem econômica. Cumpre, entretanto, inicialmente, esclarecer o que se entende por "ordem econômica", "atividade econômica" – em suma, sobre o que é o "econômico" *no Direito Constitucional brasileiro*.

Vale, aqui, reportarmo-nos a noções já apresentadas no Capítulo XI, dispensando-nos de reproduzi-las todas, sem prejuízo de repetir que a Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares – *as econômicas*; e, de outro, atividades que são da alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas – *os serviços públicos*. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser da alçada de uns ou de outro.

O primeiro discrímen tem supina importância, pois é por via dele que, em termos práticos, se assegura a existência de um regime capitalista no país. Com efeito, ressalvados os monopólios estatais já constitucionalmente designados (petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, nos termos configurados no art. 177, I-V), as atividades da alçada dos particulares – vale dizer, atividades *econômicas* – só podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter absolutamente excepcional, isto é, em dois casos: quando isto for necessário por um imperativo da segurança nacional ou quando demandado por relevante interesse público, *conforme definidos em lei* (art. 173) – a qual, por razões adiante apontadas, entendemos ser *lei complementar*.

Inversamente, as atividades previstas como da alçada do Estado – ou seja, os *serviços públicos* – só podem ser desempenhadas por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las (art. 175 e art. 21, XI e XII), por ato explícito, sem prejuízo de lhes conservar a titularidade. Ressalvam-se aqueloutras, também já dantes mencionadas no capítulo precedente, em que a atividade não é exclusiva do Estado (educação, saúde, assistência social e previdência social), e por isto os particulares são livres para exercê-las.

À vista destas disposições constitucionais, bem se vê o quanto é absurdo – disparatado, mesmo – falar em "serviço público econômico", pois se estaria a associar duas expressões que, *em nosso Direito Constitucional*, designam antinomias jurídicas, necessariamente submetidas, então, a regimes normativos antagônicos.

5. Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu "poder de polícia", isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como "agente normativo e regulador da atividade econômica" – caso no qual exercerá funções de "fiscalização" e em que o "planejamento" que conceber será meramente "*indicativo* para o setor privado" e "determinante para o setor público", tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido.

Em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado Brasileiro; e jamais – sob pena de nulidade – poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores.

Convém analisar com um pouco mais de atenção a primeira e a segunda hipóteses; isto é, a atividade reguladora da ordem econômica, que se faz por lei e que é executada por atos administrativos – os atos chamados de "polícia administrativa" –, e a atividade desenvolvida mediante atuação empresarial do Estado, vale dizer, aquela na qual o Poder Público, através de criaturas suas, propõe-se a agir como protagonista da exploração econômica.

É importante começar por analisar o alcance daqueles dois fatores que foram apontados no art. 170 como "fundamentos da ordem econômica", a saber: valorização do trabalho humano e livre iniciativa.

Valorização do trabalho humano

6. No que concerne à valorização do trabalho humano, como melhor se esclarece mais ao diante ao tratar da intervenção no domínio social, cumpre assinalar, desde já, que ela se apresenta como prioritária em relação aos interesses puramente econômicos. Aliás, o tema *ordem econômica* é no Direito brasileiro intimamente entrosado com o tema da *ordem social*, por força do tratamento que a Constituição lhes dá. Embora cada qual esteja topologicamente situado em local específico (a ordem econômica no Título VII e a ordem

social no Título VIII), o art. 170, declara que a ordem econômica se funda na *valorização do trabalho humano*, deve conformar-se aos ditames da *justiça social* e menciona dentre seus princípios a *busca do pleno emprego* e a *redução das desigualdades sociais*. Acresce que entre os objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º, encontram-se os de construir uma *sociedade justa, erradicar a pobreza e a marginalização* e o de *reduzir as desigualdades sociais*.

Assim, é evidente que toda a ordem econômica necessita, para cumprimento da Constituição, orientar-se de modo a atender estes *princípios* e *objetivos de ordem social*, o que implica dizer que são inconstitucionais, logo fulminàveis jurisdicionalmente, quaisquer medidas econômicas tomadas pelo Estado em descompasso com estes rumos ou capazes de afetá-los detrimentosamente.

Liberdade de iniciativa

7. Um dos "fundamentos" da ordem econômica é justamente a "liberdade de iniciativa", conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inc. IV, aponta, ainda, a "livre concorrência" como um de seus "princípios" obrigatórios. *Sic*: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – *livre concorrência*".

Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo *lhes advém diretamente do Texto Constitucional* e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados.

8. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição de 1988 tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito

pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode *impor-se como obrigatório para o setor privado*. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado*".

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

É óbvio, então, que o planejamento econômico menos ainda poderá compatibilizar-se com o anacrônico sistema *cartorial* que se fez vigorar em certos setores, nos quais o empreendimento da produção ou a comercialização no mercado interno ficavam pendendo de "outorgas governamentais", e ainda assim dentro do limite das "cotas" "deferidas" pelo Poder Público aos grupos empresariais que as recebessem. De resto, tal sistema seria, literalmente, a negação da livre concorrência, além de se constituir em manifesta supressão da liberdade de iniciativa, convertida, por tal meio, em autêntico privilégio desfrutável por alguns.

9. Não se imagine que, conquanto a regra constitucional imponha a liberdade em matéria de empreendimento econômico, o parágrafo único do precitado art. 170, embora a reafirme, opõe-lhe exceções – quaisquer que sejam, estabelecidas em lei –, dado que, segundo seus termos: "É assegurado a *todos* o livre exercício de *qualquer atividade econômica*, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Na verdade, o que se contém neste preceptivo não é uma autorização para que o legislador ordinário, em tema de livre iniciativa e de livre concorrência, possa sobrepor sua orientação à orientação constitucional. Evidentemente é o que sucederia caso se entendesse que o parágrafo único, em apreço, conferiu ao legislador ordinário o poder de decidir quais atividades, e em que amplitude, podem ser exercidas pelos particulares.

Seria um verdadeiro absurdo, um contrassenso cabal, extrair do parágrafo de um artigo a outorga de poder para nulificar o que se

contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparate interpretativo seria particularmente inadmissível quando se sabe que o artigo e o inciso em questão (art. 170 e seu inc. IV) apresentam-se – e de modo declarado – como sendo, respectivamente, um dos "fundamentos da ordem econômica" e um dos "princípios" retores dela. Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra da legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam, e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade. Para valermo-nos de uma imagem feliz de Geraldo Ataliba, "seria o mesmo que construir uma fortaleza e colocar-lhe portas de papelão".

10. Na verdade, o parágrafo único do art. 170, longe de fragilizá-lo, pelo contrário (e obviamente), existe para reforçar as determinações contidas no *caput* do artigo e em seu inc. IV, tanto mais porque o que deles consta está, consoante já foi dito, reafirmado de maneira global no mencionado art. 174, precisamente para lhes garantir a efetividade *até mesmo nos casos em que o Poder Público haja composto um planejamento econômico* para o setor.

Veja-se: o parágrafo único do art. 170 começa por dizer que "é assegurado a *todos* o livre exercício de *qualquer* atividade econômica". Ora, se *qualquer* atividade econômica é exercitável por *todos*, segue-se, induvidosamente, que o Estado não pode restringir apenas a *uns* ou a *alguns* (noção antitética a "todos") o exercício de *tal* ou *qual* atividade econômica (noção antitética a "qualquer"), pois, seja qual for a atividade, é insuscetível de ser excluída do âmbito de ação dos particulares. Deste universo só estão arredadas as atividades econômicas que a própria Constituição, no art. 177, colocou sob monopólio estatal.

Vale dizer: o parágrafo único não conferiu à lei o poder de excepcionar, a quem quer, seja o exercício livre – e em livre concorrência – de qualquer atividade econômica. O que foi permitido é que a lei excepcionasse o direito de exercê-la *independentemente de algum ato de autorização de órgãos públicos*. Se já não fora pelas razões dantes aduzidas, perceber-se-ia que esta é a única interpretação possível porque, a ser de outro modo, a expressão "independentemente de autorização de órgãos públicos" apareceria como uma inutilidade absoluta. E na lei não há palavras inúteis.

Expliquemo-nos.

11. Se o constituinte houvesse pretendido dizer que a atividade econômica é livre, mas que a lei poderia excepcionar tal regra, bastar-lhe-ia dizer: "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos indicados em lei". Mas não foi isto que fez. Intercalou a expressão "independentemente de autorização de órgãos públicos". Logo, ao estampar, em seguida, "salvo os casos indicados em lei", deixou claro que aquilo que facultou à lei excepcionar foi justamente a prescindência de autorização. Nota-se, então, a um só tempo, de um lado, que a dicção legal "independentemente de autorização" é um *qualificativo reforçador* da liberdade de iniciativa, mas que tal *qualificativo*, em alguns casos – os previstos em lei –, pode ser sacrificado. Assim, o que a Constituição permitiu sacrificar foi o *qualificativo*, ou seja, a prescindência de autorização; mas não permitiu sacrificar a liberdade de iniciativa em relação a qualquer atividade econômica. Vê-se, pois, que a própria linguagem do parágrafo único, em si mesma, confirma (independentemente da cabeça do artigo e de seu inc. IV) a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é outorgada em relação a quaisquer atividades.

12. Em suma: o que a lei pode ressalvar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade; nunca, porém, restringir a liberdade de empreendê-la, e na medida desejada. E, por isto mesmo, como a seguir melhor se esclarece, dita autorização (ou denegação), evidentemente, não concerne aos *aspectos econômicos*, à livre decisão de atuar nos setores tais ou quais e na amplitude acaso pretendida, mas ao ajuste do empreendimento a exigências atinentes a salubridade, a segurança, a higidez do meio ambiente, a qualidade mínima do produto em defesa do consumidor etc. É claro que, se fosse dado ao Poder Público ajuizar sobre a conveniência de os particulares atuarem nesta ou naquela esfera e decidir sobre o volume da produção, estar-se-ia desmentindo tudo o que consta dos artigos citados e do próprio parágrafo único do art. 170, conforme se acaba de referir.

13. A parte final do parágrafo único do art. 170 veio, pura e simplesmente, indicar que a completa liberdade de iniciativa bem como a livre concorrência (que *não podem ser coartadas*, restringidas a alguns ou delimitadas pela quantidade da produção ou comercialização, ainda que apenas em relação a certos setores) não são incompatíveis com a necessidade de prévia verificação administrativa para conferir se seu exercício dar-se-á dentro de padrões mínimos

de qualidade, de salubridade, de segurança, de respeito ao ambiente ecológico etc. Vale dizer: nos casos previstos em lei a Administração Pública pode ter sido habilitada a autorizar o exercício de dada atividade econômica *cuja conformidade com as sobreditas exigências normativas deva ser aferida previamente*.

Em suma: os diversos bens jurídicos protegidos nas leis de "polícia administrativa", para garantia da Sociedade e dos consumidores, podem ser razão determinante da submissão do início da atividade econômica a uma "autorização" cuja expedição tomará em conta a consonância do empreendimento com o bem jurídico que a lei em questão haja se proposto a resguardar liminarmente.

14. O frequente, o comum, é que as leis prevejam apenas fiscalização após o início da atividade e aplicação de sanções sempre que, no exercício da atuação econômica, haja transgressão das regras condicionadoras de seu regular desenvolvimento. Sem embargo, casos há em que a lei estabelece – e pode fazê-lo, como explicitamente o reconhece o parágrafo único do art. 170 – uma prévia aquiescência administrativa ("autorização") dos órgãos competentes.

É o que ocorre, *v.g.*, para empreendimentos cuja índole é propícia à geração de agravos ecológicos. O mesmo sucede com relação à produção ou comercialização de determinados bens, tais os agrotóxicos, medicamentos ou alimentos industrializados, em que a lei subordina seu ingresso no mercado a exames ou demonstrações prévias de que não oferecem riscos à saúde e possuem níveis de qualidade adequados, sem o quê não é autorizada a liberação para comercialização ou consumo.

É fundamental realçar – repita-se – que tais autorizações não dizem respeito, nem podem dizer respeito, aos ***aspectos econômicos*** *do empreendimento, pois no que a isto concerne os agentes econômicos são livres. Têm assegurados pela Constituição seus direitos à liberdade de iniciativa, à liberdade de concorrência e à garantia de que o planejamento econômico que o Poder Público faça apresentar-se-lhes-á com caráter meramente indicativo, não podendo implicar sujeição ou cerceio algum à liberdade econômica que lhes é reconhecida pela Lei Magna. A não ser assim, o art. 170, o inc. IV do mesmo preceptivo e o art. 174 seriam palavras vãs, juridicamente inexistentes.*

Tudo o que se vem de dizer em nada contradita o dever estatal de buscar os objetivos constitucionalmente estabelecidos notadamente no art. 170 e no art. 3º. Apenas interfere com a maneira pela qual te-

rão que ser perseguidos. Ou seja: em tema de regulação de atividade econômica o Estado terá de valer-se das normas ditas de "polícia" – ou seja, disciplinadoras do exercício da liberdade e da propriedade.

Atividades privadas sob regime especial

15. As precedentes considerações *são excepcionadas* apenas nos casos em que *a própria Constituição* entendeu de atribuir um *regime especial* para determinadas e específicas atividades econômicas, que, destarte, foram isoladas do regime pertinente à generalidade delas, porque a Lei Magna considerou-as *merecedoras de tratamento peculiar, excepcional*. É o que foi feito para os empreendimentos privados no setor de ensino, conforme determina o art. 209, II. São, pois, exceções confirmatórias da regra.

Função social da propriedade

16. Embora seja característico das limitações administrativas apenas impor deveres de abstenção, não se pretendendo por meio delas captar do particular atuações positivas, em nosso Direito Constitucional há uma exceção notável, e que se constitui em candente expressão do art. 170, III, onde se impõe o princípio da *função social da propriedade*. Esta, na conformidade do art. 5º, XXIII, *cumprirá sua função social*, em cujo nome o proprietário é obrigado a prepor seu imóvel a uma função socialmente útil, seja em área urbana, seja em área rural.

No espaço urbano, o titular de imóvel sito em área incluída por lei específica no Plano Diretor e que esteja não edificado, subutilizado ou não utilizado poderá, a teor do art. 182, § 4º, por força do aludido princípio, ser compelido pelo Município, nos termos da lei federal, a promover seu adequado aproveitamento, pena de se assujeitar, sucessivamente a: (a) parcelamento ou edificação compulsória; (b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e (c) desapropriação paga mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate até 10 anos, assegurado seu valor real, em parcelas anuais e sucessivas.

Na área rural, se o imóvel não estiver cumprindo sua função social, apurada segundo critérios legais estabelecidos a partir dos elementos constantes do art. 186 da Constituição Federal, poderá, com fulcro no art. 184, ser desapropriado com pagamento mediante

títulos da dívida agrária com cláusula de preservação de seu valor real, resgatáveis em até 20 anos em parcelas anuais e sucessivas.

Também em vista da função social da propriedade, a Lei Delegada 4, de 26.9.1962 (com as alterações provenientes do Decreto-lei 422, de 20.1.1969, do Decreto-lei 2.339, de 26.6.1987, da Lei 7.784, de 28.6.1989, e da Lei 8.881, de 3.6.1994), que "dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo", autoriza a União a intervir neste domínio para assegurar a livre distribuição de *mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo*, nos limites ali fixados (art. 1º). Ela o fará por compra ou desapropriação de bens e requisição de serviços. No art. 11 arrola umas tantas infrações contra a ordem econômica e prevê as correspondentes sanções, também mencionadas no art. 12. Algumas infrações contra a ordem econômica são capituladas como crime na Lei 8.137, de 27.12.1990 (arts. 4º-7º).

Em relação à lei Delegada 4 e suas alterações é preciso particular cuidado, por conterem dispositivos que não são compatíveis com a Constituição de 1988. A nosso ver, é o que sucede em relação ao tabelamento de preços de bens ou serviços. Com efeito, se o próprio planejamento econômico só pode ser indicativo para o setor privado, e se ela mesma estabelece o princípio da livre iniciativa nos termos retrocomentados, não se pode admitir que antecipadamente pretenda submeter os agentes econômicos a uma camisa de força, tanto mais porque, para os abusos que cometam, ela mesma prevê "repressão" (e não disciplina prévia de preços), conforme em seguida se expõe.

Livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico

17. Por força do princípio estatuído no art. 170, IV, relativo à *livre concorrência*, e no inc. V do mesmo artigo, que impõe a *defesa do consumidor*, é dever do Estado repelir o uso incorreto do poder econômico, isto é, de modo gravoso para os princípios da ordem econômica.

Assim, o art. 173, § 4º, dispõe que: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Dita Lei é a de n. 12.529, de 30.11.2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e reorganiza o CADE (origina-

riamente criado pela Lei 4.137, de 10.9.1962), autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, a qual, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, compõe o mencionado Sistema.

CADE: organização e funções

18. O CADE é o sujeito que na *esfera administrativa* tem a função de "julgar" as infrações à ordem econômica e é constituído pelos seguintes órgãos: *Tribunal Administrativo de Defesa Econômica*, *Superintendência-Geral* e *Departamento de Estudos Econômicos*.

É ao seu Plenário que compete decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei como consta do art. 9º. Cabe-lhe ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; decidir os processos instaurados pela *Superintendência-Geral*, bem como os atos, em geral, de superior alçada da autarquia. Suas decisões, conforme o § 2º do mesmo artigo são pretendidamente irreformáveis no âmbito do Poder Executivo, devendo, portanto gerar a chamada "coisa julgada administrativa", isto é, a *irrevisibilidade por parte da Administração* (cf. Capítulo VII, ns. 136 e 137).

Anote-se que esta possibilidade depende sempre da existência de um duplo grau de jurisdição, pois o Texto Constitucional, no art. 5º, LV, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial *ou administrativo,* e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes". O inciso anterior (LIV) dispõe que não haverá privação de bens sem o devido processo legal. Ora, por um e por outro o "direito a recorrer" é insuprimível.

Nos termos do art. 6º da Lei 12.529, de 30.11.2011, o *Tribunal Administrativo* "é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, com mandato de quatro anos, não coincidentes, vedada a recondução" (§ 1º). Tais cargos são de dedicação exclusiva (§ 2º).[2]

2. Anote-se, de passagem – e, aqui, sem a intenção de opor reparos à nomeação deste ou daquele agente em especial –, que, os requisitos "notável saber" e "reputação ilibada", demandados do nomeando, têm sido eufemismos que designam "aquele que a autoridade desejar nomear". De seu turno, a aprovação pelo Senado é mera rotina burocrática, pois este órgão, em assuntos desta espécie, simplesmente fará o que o

A independência de seus ocupantes é garantida pelo fato de que só perderão seus mandatos por decisão do Senado, provocado pelo Presidente da República, ou em decorrência de condenação penal irrecorrível por crime doloso ou processo disciplinar na conformidade do Estatuto dos Servidores (Lei 8.112/1990) ou da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2.6.1992) ou, mesmo, quando tiver havido infringência das vedações a que estão sujeitos por força do art. 8º desta mesma lei do CADE ou, então, por faltarem a 3 reuniões ordinárias consecutivas ou 20 intercaladas (art. 7º e parágrafo único).

19. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria Federal Especializada, com as funções, notadamente, de prestar-lhe assessoria e representá-lo em juízo, promover a execução judicial de suas decisões e julgados e requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica (art. 10). Seu Procurador-Chefe será nomeado, pelo Presidente, sob aprovação do Senado, dentre brasileiros com mais de trinta anos de idade, de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, com mandato de dois anos, podendo ser reconduzido uma única vez (art. 16).

O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator (art. 20).

Superintendência-Geral

20. Enquanto o Tribunal Administrativo tem a função de "julgar" as infrações à ordem econômica a Superintendência-Geral, dirigida por um Superintendente-Geral, em regime de dedicação exclusiva, é legalmente encarregada de zelar pelo cumprimento da lei. É escolhido entre cidadãos de mais de 30 anos, de notório saber jurídico e ilibada reputação e nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado, para um mandato de dois anos reconduzível para um único período subseqüente (art. 12 e §§). Sofre os mesmos impedimentos e causas de perda de mandato previstas para o Presidente e Conselheiros do Tribunal. Conta com o auxílio

Presidente quiser, ressalvado algum acontecimento anômalo, excepcionalíssimo e tão raro como a passagem do cometa de Halley.

de dois Superintendentes-Adjuntos, por ele indicados, os quais, tal como ele, ficarão em regime de dedicação exclusiva, admitindo-se, igualmente, tão só os casos de acumulação permitida.

Competem-lhe as atribuições previstas no art. 13, valendo referir, entre elas, as de monitorar e acompanhar as práticas do mercado, bem como de acompanhar as práticas comerciais das pessoas que detiverem posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços, podendo requisitar informações e documentos para tanto, promover em face de indícios de infração econômica os procedimentos apropriados, inquéritos e processos administrativos, para aplicação de sanções, para apuração de eventual concentração econômica, propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica.

Infrações à ordem econômica

21. Constituem-se em infração da ordem econômica (art. 36), independentemente de culpa, "os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços, ressalvando-se que como tal não se caracteriza a conquista de mercado decorrente de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante". Entende-se como *posição dominante* a detença do controle de parcela substancial de mercado relevante por parte de empresa ou grupo de empresas, na qualidade de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. Esta será presumida quando há controle de 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia (art. 20 e §§). A lei não define

o que seja "mercado relevante". Há, contudo, no Anexo I da Resolução do CADE 18, de 25.11.1998, que regulamenta o procedimento de consulta a ele, um glossário no qual esclarece seu entendimento sobre o que seja "mercado relevante". Sem reproduzir as noções ali apresentadas, e pretendendo simplificá-las, poder-se-ia dizer que *mercado relevante* é aquele relativo a determinados produtos ou serviços ofertados em dada região e que os consumidores consideram como intercambiáveis por suas características, preço e comercialização, de sorte que é recomendável considerá-los agrupadamente.

A teor do art. 88, §§ 5º e 6º, da lei, atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE, *que poderá autorizá-los* quando se destinarem a aumentar a produtividade, melhorar a qualidade do bem ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, nos estritos limites a tanto necessários, ou então quando parte relevante dos benefícios sejam repassados aos consumidores.

Há diferentes tipos de procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, previstos no art. 48, a saber: I – procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II – inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III – processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV – processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V – procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI – processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Estão regulados no Título VI da Lei, que deles trata minuciosamente.

22. Nos inquéritos e processos por infração à ordem econômica, sempre que houver indício ou fundado receio de que o representado cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou tornar ineficaz o resultado final, o Superintendente-Geral ou o Conselheiro Relator do CADE podem, por iniciativa própria ou a requerimento do Procurador-Chefe, em qualquer fase deles, "adotar *medidas preventivas* que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica. Neste caso fixarão prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento". Expedirão *ordem de imediata cessação*

da prática e, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior (art. 13, XI, c/c o art. 84).

Também em qualquer fase do processo o agente econômico pode, *ad referendum* do CADE, celebrar com a Superintendência-Geral, nas condições que esta estabelecer, ou com o próprio CADE um *compromisso de cessação de prática*, de cujo termo constarão obrigatoriamente que cessará, no prazo estabelecido, a prática investigada, o valor da multa diária se houver descumprimento e a obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado e informações sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização O processo ficará suspenso durante seu prazo de duração e será arquivado ao cabo dele, se forem cumpridas todas as obrigações.

Penas por infrações à ordem econômica

23. Para o infrator da ordem econômica a lei prevê (art. 37) as seguintes sanções: I – no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* do art. 37, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* do mesmo artigo. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro (§ 1º). No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do *caput* do artigo, o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocor-

reu a infração, definido pelo CADE, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea (§ 2º).

Ante a gravidade dos fatos ou em vista do interesse público, podem ser ainda impostos ao infrator, isolada ou cumulativamente (art. 38), os seguintes apenamentos: "I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da Administração indireta, por prazo não inferior a 5 anos; III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI – a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 anos; e VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".

Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica após decisão do Tribunal determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de R$ 5.000,00, podendo ser aumentada em até 20 vezes, se necessário para garantir sua eficácia, ante a situação econômica do infrator (art. 40).

24. De acordo com o art. 46, a ação punitiva da Administração Pública objetivando apurar infração prescreve em cinco anos da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, salvo se, conforme o § 4º, o fato também se constituir em crime, caso em que prescreverá no prazo da lei penal.

Acordo de leniência

25. A lei prevê, no art. 86, a possibilidade de o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, perante certas situações e requisitos ali enunciados, celebrar *acordo de leniência* com autores de infração à ordem econômica, para a suspensão da ação punitiva a que se sujeitariam ou redução de dois terços da penalidade que lhes seria aplicável, se colaborarem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo e desta colaboração resultar a identificação dos demais coautores e a obtenção de informações e documentos que a comprovem. Quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo, decretar a extinção da ação punitiva quando a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração, ou, nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis.

A teor do art. 87, durante o acordo fica suspensa a prescrição dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, previstos na Lei 8.137, de 27.12.1990, assim como nos demais relacionados à prática de cartel e os tipificados no art. 288 do Código Penal e impedida a correlata denúncia criminal. A punibilidade deles ficará extinta com o cumprimento do acordo.

Defesa do consumidor

26. Em atenção ao já mencionado princípio constitucional da defesa do consumidor (art. 170, V), foi editada a Lei 8.078, de 11.9.1990 – Código de Defesa do Consumidor. A referida lei, que contém dispositivos excelentes e uma bem-armada proteção ao consumidor, padece, contudo, de um gravíssimo defeito: as multas, que seriam as sanções administrativas mais comuns e eficazes para a grande maioria dos casos, do modo como estão previstas, são inaplicáveis, por manifestamente inconstitucionais. É que, embora o art. 57 corretamente estabeleça que serão graduadas de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, em seu parágrafo único apresenta, como parâmetros extremos de valor, um mínimo e um máximo tão absurdamente distantes entre si (não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência – UFIR), que equivale a não oferecer qualquer razoável identificação da sanção aplicável. Com isto confere uma discricionariedade tão absurda ao admi-

nistrador, que equivale a uma verdadeira e inadmissível delegação legislativa para cada caso. Seria como se o Código Penal estabelecesse que a sanção para certo crime variaria entre 3 dias de detenção e 30 anos de reclusão. Em um caso desta ordem ficaria visível que o juiz seria praticamente um legislador para os múltiplos casos concretos que aparecessem. O mesmo ocorre, *in casu*, em prol da autoridade administrativa (sobre a nulidade de sanções compostas deste modo, vide o Capítulo XV, n. 10).

27. Vista a primeira modalidade de interferência estatal na seara econômica, vejamos, agora, aqueloutra, que, consoante foi dito, também merecia um exame mais detido.

No que concerne a esta modalidade de interferência do Estado no domínio econômico, isto é, sua atuação empresarial (por si mesmo ou por criatura sua), uma vez que poderia ser danosa para a "liberdade de iniciativa" – que é um dos *fundamentos expressos da ordem econômica brasileira*, consoante dispõe o art. 170, *caput*, da Constituição – e perigosa para a "livre concorrência" – que é um dos *princípios obrigatórios de nosso sistema* (art. 170, IV) –, *o art. 173 tratou de balizar estritamente as possibilidades de o Estado atuar como empresário.*

O citado artigo dispõe que: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, *conforme definidos em lei*".

Observe-se – de passagem – que dita lei terá que ser lei complementar. Com efeito, se a exigência de prévia definição legal de tais hipóteses se satisfizesse com lei ordinária, sua valia seria nenhuma. Isto porque, de um lado, a exigência de lei específica para criar entidades estatais (exploradoras ou não de atividade econômica) já estava prevista no art. 37, XIX e XX, e tornaria despicienda a parte final do art. 173, se este estivesse reportado a uma lei ordinária; de outro lado, porque, se bastasse lei ordinária, qualquer lei específica expedida para criar entidade estatal, *ipso facto*, estaria qualificando-a como de relevante interesse coletivo ou necessária aos imperativos da segurança nacional, e, pois, alterando a extensão da lei (se ordinária fosse) que precedentemente houvesse caracterizado as hipóteses configuradoras de situação permissiva da criação delas. *Eis por que a lei a que se refere a parte final do art. 173 terá de ser necessariamente lei complementar, e enquanto esta não for editada não podem*

ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista ou quaisquer modalidades de pessoas estatais exploradoras de atividade econômica.

28. Quando o Estado interfere, suplementarmente, na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de *serviços governamentais*, e não de *serviços públicos*.

Neste caso, empresas públicas e sociedades de economia mista, que para tal fim sejam criadas, submeter-se-ão, *basicamente*, ao mesmo regime aplicável às empresas privadas. É o que estabelece o § 1º do art. 173, que estatui: "A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

Note-se, além disto, que às empresas do Governo que explorem atividade econômica é vedado atribuir tratamento tributário que as desiguale da generalidade das empresas privadas, porquanto o § 2º do artigo em foco estabelece: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado".[3]

29. Cumpre apenas observar que há exagero na dicção do § 1º do art. 173, pois, se é fato que as entidades em causa se submetem *basicamente* ao Direito Privado, não menos verdade é que *sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos*, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição, conforme dantes se ressaltou no capítulo sobre figuras da Administração indireta.[4] Aliás, o próprio parágrafo em questão refere, no inc. III, sua sujeição a "licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública" – exigências, estas, que, obviamente, não se propõem para a generalidade das empresas

3. Há de se entender que tal impedimento não ocorrerá fora de sua razão de ser, ou seja, quando não esteja em causa o tema de uma eventual "concorrência desleal" com a iniciativa privada; quer-se dizer: o impedimento em questão não existirá *no caso de atividades monopolizadas*.

4. Capítulo IV, n. 57, "A peculiaridade de regime das estatais em confronto com as pessoas de Direito Privado. Normas constitucionais".

privadas. Por força disto, então, é visível que não estão submetidas ao "regime jurídico próprio das empresas privadas", ao contrário do que consta da literalidade do preceito.

Percebe-se, pois, que o propósito do versículo em questão – em sintonia, aliás, com as diretrizes da ordem econômica na Constituição – foi o de impedir que o Poder Público, ao atuar nesta esfera, que é a própria dos particulares, pudesse fazê-lo em condições privilegiadas, gerando, por assim dizer, uma "concorrência desleal" a estes últimos.

30. Faça-se, agora, uma brevíssima menção à terceira modalidade de intervenção estatal na ordem econômica, que é a *atividade de fomento*. Esta se exerce ora por meio de incentivos fiscais, ora por meio de financiamentos.

Os incentivos fiscais são exonerações totais ou parciais da obrigação de pagamento de determinados tributos durante um certo lapso de tempo, como contrapartida da realização de investimentos em determinada atividade e sob certas condições, que o Poder Público repute úteis para a coletividade, em consonância com os valores estabelecidos no art. 170 e seus incisos.

Os financiamentos, que podem ser a juros bastante baixos e eventualmente até a fundo perdido, são injeções de recursos que o Poder Público faz em favor da empresa que preencha determinados requisitos para deles usufruir, sempre em vista do atendimento dos interesses juridicamente prestigiados a que se reporta o art. 170.

Para amparo e fomento a certas atividades econômicas o Poder Público pode, com fulcro no art. 149 da Constituição Federal, instituir "contribuições de intervenção no domínio econômico".

Monopólio

31. Finalmente, convém lembrar que a Constituição previu o monopólio de certas atividades. São elas unicamente as seguintes, consoante arrolamento do art. 177: "I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo natural ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de condu-

to, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados".

32. Tais atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos. Constituem-se, também elas, em "serviços governamentais", sujeitos, pois, às regras do Direito Privado. Correspondem, pura e simplesmente, a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa.

Portanto, as pessoas que o Estado criar para desenvolver estas atividades não serão prestadoras de serviço público.

III. Intervenção do Estado no domínio social

33. O art. 193 da Constituição estabelece que "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais". Esta dicção claríssima torna indiscutível que para a Lei Magna o objetivo primordial é a Justiça social e prioritária não é a satisfação dos interesses do capital, mas os interesses do trabalho. Não só isto, entretanto: A estremada preocupação com estes bens jurídicos é exalçada na Constituição em diferentes passagens. Assim, o art. 173, ao indicar os fundamentos da ordem econômica explicitamente afirma que um deles é a valorização do trabalho humano e anota que dita ordem terá de se desenvolver na conformidade dos ditames da justiça social. A caracterização da ordem econômica e da ordem social nos termos indicados representa simples expressão de alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que, nesta mesma qualidade, foram apresentados já no pórtico da Constituição, isto é, em seu art. 3º; a saber: "construir uma sociedade justa e solidária, ademais de livre (inciso I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III), objetivos estes últimos, aliás, repetidos também no precitado art. 170, inciso VII, ao ser indicada a "redução das desigualdades regionais e sociais" entre os princípios da ordem econômica.

Dos textos precitados, são extraíveis algumas consequências óbvias, que se exibem já a um primeiro súbito de vista.

Desde logo, a primeira delas é a de que, existindo um projeto tão claro e evidente no qual foi cometida ao Estado a função de pro-

tagonista necessário da implementação destes bens jurídicos, fica liminarmente rejeitada do modo mais radical possível qualquer veleidade de acolhida do neoliberalismo ou de absenteísmo estatal, pois isto seria precisamente a negação do que foi irrogado como um dever ao Estado Brasileiro. Demais disto, também salta aos olhos, em segundo lugar, que qualquer política estatal enfatizadora dos benefícios ao capital, qual a do favorecimento aos juros ou mesmo ao do rendimento do capital em detrimento da satisfação dos interesses do trabalho, exibir-se-á, a toda evidência, como ostensivamente inconstitucional.

Em síntese: há um programa constitucional em que está luminosamente explícita a prioridade ao que seja favorecedor do trabalho e dos trabalhadores, relegando-se a segundo plano o que favoreça ao capital e aos interesses dos capitalistas. Isto, evidentemente, não significa menoscabar seja a importância, seja a valia desta segunda ordem de interesses, por certo também de alta relevância; mas significa que a realização deles há de estar entrosada com a realização dos primeiros e atrelada à satisfação deles.

Goste-se ou não destas assertivas, não se pode contender que são as que dimanam de modo cristalinamente claro dos mandamentos constitucionais brasileiros. Segue-se que pode ser juridicamente contendida qualquer política estatal que menoscabe ou, pior ainda, que contrarie tais diretrizes.

Não se pode deixar de registrar que a atuação do Poder Público na esfera social, até a sobrevinda do governo Luiz Inácio Lula da Silva havia sido muito pouco expressiva. Sofreu, a partir dele, uma espetacular transformação, ao ponto de não apenas serem tirados da miséria alguns milhões de pessoas, mas, sobretudo, de promover a elevação de 30 milhões de pessoas das classes D e E para as classes B e C, como registra até mesma a chamada "Grande Imprensa", em despeito de sua incontrolável parcialidade, animadversão e preconceito classista contra o referido governo.

Para tão saliente resultado obtido pelo governo contribuiu não apenas uma gestão econômica do país bem-orientada e bem-sucedida. Para mencionar apenas alguns poucos números, o desemprego, que no governo que o precedeu chegou a 20%, caiu para 7,2%, o menor índice desde 1991. O salário-mínimo, dantes em 64 dólares passou para 290 dólares – ou seja, um aumento de mais de 350%. O país deixou de viver recorrendo ao FMI, com um déficit de 185 bilhões de dólares negativos, vindo a ter um superávit de 239 bilhões

de dólares; a taxa de juros, que era de 26,5% ao ano no precedente governo, caiu para 10,66% ao final do governo Lula. Mas, sem dúvida, a criação ou implemento de programas sociais grandemente eficientes, teve um relevante papel para proporcionar sensível melhoria na situação dos mais carentes.

Cabe salientar, entre estes programas, o chamado "Bolsa Família", criado pela Lei 10.836, de 9.1.2004, e regulamentado pelo Decreto 5.209, de 17.9.2004. Este programa, como esclarece o artigo 1º da lei, unificou os programas Nacional de Renda Mínima, vinculado à Educação-Bolsa Escola, instituído pela Lei 10.219, de 11.4.2001; do Programa Nacional de Acesso à Alimentação/PNAA, criado pela Lei 10.689, de 13.6.2003; do Programa Nacional de Renda Mínima, vinculada à Saúde-Bolsa Alimentação, instituído pela MP 2.206-1, de 6.9.2001; e do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto 4.102, de 24.1.2002. É interessante anotar que o pagamento dos benefícios previstos na referida Lei é feito preferencialmente à mulher (cf. § 14 do art. 2º). Há outros programas instituídos com este propósito de beneficiar os que se encontram na base da pirâmide social, mas, entre eles, vale ressaltar o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – "Luz para todos", criado pelo Decreto 4.873, de 11.11.2003, pela repercussão que teve na qualidade de vida e na criação de oportunidades que ensejou aos que dantes dela eram privados.

34. *Política pública* é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país. Estamos em que é inequívoco que se pode controlar juridicamente políticas públicas. Com efeito, se é possível controlar cada ato estatal, deve ser também possível controlar o todo e a movimentação rumo ao todo. Assim como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política – que é um plexo de atos – que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave.

Uma vez que tanto se ofende o direito fazendo o que ele proíbe como não fazendo o que ele manda, pode-se controlar tanto os comportamentos produtores de política pública, isto é, os comissivos, quanto os de omissão de política devida.

Anote-se que pode haver inconstitucionalidade de uma política pública só reconhecível *a posteriori*, isto é, por seus efeitos, que se

revelem contrapostos a diretriz normativa legal ou constitucional. Neste caso o que se pode fazer é deter-lhe a continuidade.

São legitimados para opor-se a políticas públicas inválidas tanto o Ministério Público, como os habilitados em geral à propositura de ações civis públicas, como quaisquer cidadãos que possam demonstrar gravame que pessoalmente os atinja pela política pública empreendida ou indevidamente omitida, ainda que tal prejuízo seja disseminado sobre toda uma coletividade. O que legitima o cidadão não é a particularidade do gravame, mas o fato de subtrair um bem jurídico de que pessoalmente desfrutaria se a ordem jurídica fosse obedecida ou o fato de irrogar-lhe um prejuízo que pessoalmente o alcança e do qual estaria livre se a ordem jurídica houvera sido respeitada, tudo conforme exposto nos itens 38 a 42 do Capítulo I e 25 a 29 do Capítulo XVIII.

35. A intervenção do Estado no domínio social tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo *fomento da atividade privada* mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais.

Quanto aos serviços públicos sociais, a Constituição é expressa em apontar o dever do Estado na prestação de serviços de saúde (arts. 196-198). Uma vez que a previdência privada terá caráter complementar (art. 202), fica evidente que todos os dispositivos do art. 201 reportam-se ao dever do Estado na prestação da previdência social. O dever público para com a educação consta dos arts. 205, 208, 211 e 213; e para com a assistência social dos arts. 203 e 204, sendo que neste último já se prevê a colaboração com entidades beneficentes (inc. I) – da iniciativa privada, portanto.

Questão relevante, no que concerne aos direitos exigíveis pelos administrados, é a que diz respeito à chamada "reserva do possível", em face da qual o Estado ver-se-ia desobrigado, pois não teria como acudir a todas as necessidades sociais. Um competente resumo desta questão e das pendências doutrinárias e jurisprudenciais que suscita foi efetuado por Carolina Zancaner Zockun que, ao expor a contraposição entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível", em valiosa dissertação de mestrado,[5] com razão, opta pela prevalência do primeiro termo do binômio sempre que confrontados. Aliás, essa

5. *Intervenção do Estado no Domínio Social*, Malheiros Editores, 2009, pp. 50-61; sobretudo.

monografia é, ao que parece, o mais cuidadoso estudo sobre a intervenção do Estado no domínio social. Nele, a autora, após oferecer um panorama geral sobre o tema na Constituição, procede ao exame de suas diferentes manifestações específicas, com o correspondente tratamento legal.

36. A atividade de fomento, muito pouco estudada entre nós, assim foi definida por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em um dos trabalhos pioneiros sobre o assunto: "(...) ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem prestação de serviços públicos". O citado doutrinador anota que a atividade de fomento que denominou *direta* – em contraposição à que resulte da celebração de instrumentos como o contrato de gestão, o convênio e o termo de parceria –, entre nós, se dá mediante *contribuições*, *auxílios* e *subvenções*. Destes faz uma sintética elucidação, arrolando os conceitos legais extraídos da Lei 4.320, de 17.3.1964, que veicula normas gerais de Direito Financeiro, e do Decreto 93.872, de 23.12.1986.[6] Anote-se que as sobreditas outorgas não são efetuadas com o estabelecimento de obrigação de contraprestações em sentido técnico, mas apenas com o dever de aplicar os recursos nas finalidades para que foram concedidos, submetendo-se à prestação de contas perante o Tribunal de Contas.

37. De acordo com os textos referidos, as *subvenções* sociais são transferências de recursos destinadas a acobertar *despesas de custeio* – vale dizer, de manutenção – efetuadas em prol de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional prestados por entidades sem fins lucrativos.

Diferem dos *auxílios* e das *contribuições*, porque estas duas modalidades concernem a transferências para *despesas de capital* – é dizer, que têm por finalidade investimentos, obras, equipamentos e instalações, previstos genericamente na lei de orçamento. Entre si, elas se apartam em que os *auxílios são previstos genericamente na lei de orçamento* e é a Administração que os distribui, ao passo que as *contribuições decorrem de lei especial* que as atribui ao beneficiário.

6. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro Setor*, 2ª ed., Malheiros Editores, 2006, p. 19.

Estas transferências efetuadas em prol do fomento social, conquanto não obrigatoriamente, são deferidas, como regra geral, às entidades "declaradas de utilidade pública".

38. O precitado jurista observa que a outorga do título "de utilidade pública" significa reconhecer que a pessoa beneficiária busca realizar o bem comum, e não os interesses dos sócios ou associados, como ocorre com as demais pessoas jurídicas. Dessarte, anota o referido Mestre, as entidades assim qualificáveis são, a teor do Decreto 50.517, de 2.5.1991, regulamentador da Lei 91, de 28.8.1935 – que é a que disciplina a outorga de tal título –, as que têm por fim exclusivo servir desinteressadamente à coletividade. Para obter a qualificação em causa necessitam provar personalidade jurídica, estar em efetivo funcionamento, servir desinteressadamente à coletividade e não remunerar os cargos da Diretoria.[7]

39. De par com as formas tradicionais até aqui mencionadas, a partir da chamada "Reforma Administrativa" foram concebidos outros instrumentos jurídicos para o fomento de atividades de interesse social, e que consistem em figuras já examinadas, a saber: "organizações sociais" – entidades privadas a que o Estado se liga por "contratos de gestão (Capítulo IV, ns. 105-110) – e "organizações da sociedade civil de interesse público" – pessoas da mesma natureza com as quais se relaciona mediante "termos de parceria" (Capítulo IV, n. 111). Em ambos os casos, as pessoas em apreço assujeitam-se ao cumprimento rigoroso de um plano de atuação aprovado pelo Poder Público. A respeito desta forma de fomento remetemos aos tópicos suprarreferidos.

7. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, ob. cit., pp. 57-58.

Capítulo XIV

PODER DE POLÍCIA

I. Introdução. II. Sentido amplo e sentido estrito do poder de polícia. III. Fundamento da polícia administrativa. IV. Supremacia geral e supremacia especial. V. Essência do poder de polícia. VI. Polícia administrativa e polícia judiciária. VII. Atos através dos quais se expressa a polícia administrativa. VIII. O poder de polícia é discricionário? IX. Definição de polícia administrativa. X. Polícia geral e polícia especial. XI. Delegação de atos de polícia administrativa. XII. Executoriedade das medidas de polícia administrativa. XIII. Polícia administrativa e o princípio da proporcionalidade contra abusos da Administração. XIV. Setores da polícia administrativa. XV. Polícia administrativa da União, Estados e Municípios.

I. Introdução

1. Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

2. Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações *administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi –, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele.[1] Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.

1. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1960, p. 533.

3. Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, *incumbe à Administração Pública* reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado.

Também nestas últimas hipóteses, a Administração não restringe nem limita o âmbito de tais *direitos*. Unicamente, acedendo, como de seu dever, à vontade legal, procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões.[2]

Casos há, observa D'Alessio,[3] em que a limitação prevista na lei é absoluta e inderrogável pela Administração; mas noutros é relativa, podendo ser removida mediante autorização.

Realmente, por vezes, a efetiva e concreta aplicação da limitação, prevista em lei – modeladora da esfera jurídica da liberdade e da propriedade –, é remetida à apreciação da Administração Pública, que a determina segundo as circunstâncias, cabendo-lhe uma avalia-

2. Com efeito, a intervenção da Administração em todo e qualquer setor, quer no exercício de competência vinculada, quer em comportamento discricionário, nada mais pode almejar senão o fiel implemento do comando legal. Cirne Lima, em frases lapidares, condensou a ideia essencial de Administração: "Administração é a atividade do que não é senhor absoluto" (*Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 37). "Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir" (ob. cit., p. 20). "A relação de administração é a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente" (ob. cit., p. 53). "Na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade" (ob. cit., p. 54). "O fim e não a vontade domina todas as formas de administração. Supõe destarte a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz consequentemente a Administração Pública debaixo da *legislação* que deve enunciar e determinar a regra de Direito" (ob. cit., p. 22 – o grifo é nosso).

Havendo vinculação ou discricionariedade, de qualquer modo, o que assiste à Administração é um comportamento serviente e instrumental destinado a objetivar o escopo legal. Eis por que é de precisão luminar a lição de Fritz Fleiner: "Pelo poder discricionário que lhe outorgou o legislador, a autoridade administrativa há de determinar como pertinente, entre várias possibilidades de solução, aquela que melhor responde no caso concreto à intenção da lei" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, 1933, p. 117).

3. Francesco D'Alessio, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. II, 1934, p. 123.

ção discricionária.[4] Este é o campo especialmente interessante para o Direito Administrativo.

4. Enquanto em certas hipóteses a atividade individual seria manifestamente danosa, por transparente este caráter, noutras a determinação depende de um exame concreto. Nos primeiros casos a limitação já vem assinalada de modo inarredável na lei, pelo quê nenhuma margem há para colaboração da Administração no precisá-la ou em eventual possibilidade de suspendê-la. Sem embargo, resta, ainda assim, à Administração o poder-dever de assegurar-lhe o respeito, fiscalizando sua observância e impedindo-lhe a transgressão. Já, nos segundos casos, compete à Administração analisar a hipótese, concluindo, em face de circunstâncias subjetivas e objetivas, ou (a) pela efetiva periculosidade da atividade (por exemplo, quando dissolve passeata, por comportamento violento, destruidor de bens e agressivo à incolumidade física dos transeuntes; quando interrompe espetáculo público, pela prática de atos obscenos de natureza criminosa), ou (b) pela inexistência de perigo que justifique a persistência de uma vedação genérica, por ela mesma absolvível, casuisticamente. É, *v.g.*, o caso da autorização de porte de arma.

5. De todo modo, entretanto, descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito. Exatamente por isso, é ilegal a ação da Administração que, a pretexto de exercer o poder de polícia, se interna na esfera juridicamente protegida da liberdade e da propriedade. Eis por que, se não há tumulto, descabe dissolver comício sob tal fundamento; se não há ocorrência de obscenidade, improcede a interrupção de espetáculo público obstado sob tal justificativa.

Portanto, as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema. *É precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade não são indenizáveis*. Posto que através de tais medidas de polícia não há interferência one-

4. Será discricionária quando a lei haja deixado ao administrado a faculdade, que é simultaneamente um dever, de verificar concretamente o melhor modo de satisfazer o mandamento legal, ou seja, quando a extensão da liberdade individual não haja sido delimitada legalmente em termos de tipificação aferível segundo critério objetivo, rígido, inconfutável.

rosa a um direito, mas tão só definição que giza suas fronteiras, inexiste o gravame que abriria ensanchas a uma obrigação pública de reparar.

6. Para caracterizar este setor de atividade *estatal*, compreensivo tanto das *leis* que delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade (isto é, que dimensionam tais direitos) quanto dos *atos administrativos* que lhes dão execução, usa-se (e no passado usava-se muito mais que hoje) a equívoca expressão "poder de polícia".

Trata-se de designativo manifestamente infeliz. Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobranceria que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos.

Além disto, a expressão "poder de polícia" traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do "Estado de Polícia", que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do "príncipe" e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma "natural" titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato "poder de polícia".

Daí imaginar-se algumas vezes, e do modo mais ingênuo, que tal ou qual providência – mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja – pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de "poder de polícia".

A crítica dos inconvenientes desta expressão foi admiravelmente bem-feita por Agustín Gordillo, a quem hoje damos razão e segundo quem melhor seria que fosse banida do vocabulário jurídico. Atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação "limitações administrativas à liberdade e à propriedade", e não mais sob o rótulo de "poder de polícia". Clóvis Beznos – em capítulo, aliás, muito interessante de sua monografia sobre o poder de polícia – faz um excelente relato da crise da noção de "poder de polícia", mas defende,

com argumentos cujo valor não se pode desconhecer, a continuidade do uso desta locução.[5]

O certo é que, embora nos pareça uma terminologia indesejável, ela persiste largamente utilizada entre nós, não se podendo, então, simplesmente desconhecê-la. Daí por que continuaremos a nos servir dela e trataremos do tema sob esta mesma rubrica, registrando, entretanto e desde logo, um importante aclaramento. A saber: usaremos a expressão "poder de polícia" quando estivermos nos referindo tanto às leis condicionadoras da liberdade e da propriedade quanto aos atos administrativos pelos quais se procede a suas concreções. Servir-nos-emos da expressão "polícia administrativa" quando reportados tão só a comportamentos administrativos. É a esta dualidade que correspondem os sentidos amplo e estrito da locução "poder de polícia".

II. Sentido amplo e sentido estrito do poder de polícia

7. A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se "poder de polícia". A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz *police power* reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, como bem anota Caio Tácito.[6]

8. A expressão "poder de polícia" pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.

5. *Poder de Polícia*, Ed. RT, 1979, pp. 46-60.
6. "O poder de polícia e seus limites", *RDA* 27/5.

Jean Rivero definiu-a como "o conjunto de intervenção da Administração que tende a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade".[7]

9. Na Itália, as conceituações, de modo geral, ressaltavam a ideia de que o poder de polícia se destina a impedir um dano para a coletividade, que poderia resultar do exercício da liberdade e da propriedade se uma e outra não fossem contidas em limites estabelecidos à vista do propósito de harmonizá-las com os interesses da coletividade.

III. Fundamento da polícia administrativa

10. O poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contraface de seu *dever* de dar execução a estas leis. Para cumpri-lo não pode se passar de exercer autoridade – nos termos destas mesmas leis – *indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis*. Daí a "supremacia geral" que lhe cabe.

O poder, pois, que a Administração exerce ao desempenhar seus encargos de polícia administrativa *repousa nesta, assim chamada, "supremacia geral"*, que, no fundo, não é senão a própria supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração. Os doutrinadores italianos distinguem – com proveitosos resultados – esta "supremacia geral" da "supremacia especial", que só estará em causa quando existam vínculos *específicos* travados entre o Poder Público e determinados sujeitos.

Bem por isso, não se confundem com a polícia administrativa as manifestações impositivas da Administração que, embora limitadoras da liberdade, promanam de vínculos ou relações *específicas* firmadas entre o Poder Público e o destinatário de sua ação. Desta última espécie são as limitações que se originam em um título jurídico especial, relacionador da Administração com terceiro.

11. Assim, *estão fora do campo da polícia administrativa* os atos que atingem os usuários de um serviço público, a ele *admitidos*, quando concernentes àquele especial relacionamento. Da mesma forma, excluem-se de seu campo, por igual razão, os relativos aos

7. *Droit Administratif*, 3ª ed., 1965, p. 368.

servidores públicos ou aos concessionários de serviço público, tanto quanto os de tutela sobre as autarquias, conforme o sábio ensinamento do preclaro Santi Romano.[8]

As limitações desta ordem são decorrentes de um vínculo específico, pois a supremacia especial supõe um "estado de especial sujeição do indivíduo", em razão de sua inserção em um vínculo mais estrito com a Administração, do que decorre, para esta, a necessidade de sobre ele exercitar uma supremacia mais acentuada.[9] Convém, pois, dar uma notícia, ainda que breve sobre este tema.

IV. Supremacia geral e supremacia especial

12. É corrente na doutrina alemã (de onde se originou, por obra sobretudo de Otto Mayer[10]) e nas doutrinas italiana e espanhola, a distinção entre a *supremacia geral da Administração* sobre os administrados e a *supremacia especial* (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha).

De acordo com tal formulação doutrinária, que a doutrina brasileira praticamente ignora, a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente, assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, *quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse*. Seria esta relação, portanto, que, em tais casos, forneceria o fundamento jurídico atributivo do poder de agir, conforme expõe, na Itália, Renato Alessi, entre tantos outros.[11]

13. Tal vetusta e disseminada distinção no Direito europeu continental – e que deve ser recebida também em nosso direito, embora

8. *Principii di Diritto Amministrativo*, p. 193.

9. Renato Alessi, ob. cit., p. 247.

10. Cf. Alfredo Gallego Anabitarte, "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración", *Revista de Administración Pública* 34/13 e ss., Madri, Instituto de Estudios Políticos, janeiro-abril/1961. Para aprofundar o exame de tal distinção e um cuidadoso histórico de sua origem e evolução v. as excelentes monografias de Iñaki Lazagabaster Herrarte, *Las Relaciones de Sujeción Especial*, Madri, Civitas, 1994, pp. 40-45, e de Mariano López Benítez, *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*, Madri, Civitas, 1994, pp. 56 e ss.

11. *Principi di Diritto Amministrativo*, 4ª ed., Milão, Giuffrè, Milão, 1978, pp. 282 e ss.

com todas as cautelas e limitações – não tem, reconheça-se, seus confins definidos com precisão absoluta, pois alguns lhe dão uma acepção muito dilatada, nela incluindo um espectro mais amplo de relações do que outros o fazem.

Além dos casos em que o administrado voluntariamente se inclui sob o estatuto das instituições cujo serviço demanda – o *volenti non fit injuria* a que se reporta Forsthoff[12] – o certo é que, tanto no Direito europeu quanto em qualquer outra parte – inclusive, pois, no Brasil –, há uma pletora de situações a seguir mencionadas que revelam a necessidade de se reconhecer a figura da "supremacia especial". O que não pode mais ser admitida é a extensão que se lhe atribuía. É que estava em consonância com os fundamentos, hoje inaceitáveis, dantes adotados para explicá-la, os quais repousavam na concepção de "reserva de lei" em contraposição aos "poderes domésticos" da Administração, termos em que foi defendida por Otto Mayer,[13] grande disseminador de ambas as ideias. As situações a que se aludiu são as seguintes:

a) é inequivocamente reconhecível a existência de *relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem*, de maneira a compor situação jurídica muito *diversa da que atina à generalidade das pessoas*, e que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Admi-

12. *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., trad. dos Profs. Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge, Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 187-188.

13. Obviamente não cabe aqui uma exposição sobre as concepções políticas e o consequente panorama jurídico institucional vigorante na Alemanha no século XIX, o qual serviu de engaste para a formulação do discrímen entre supremacia geral e especial. Convém, entretanto, assinalar que, à época, vigorava a concepção, que hoje nos parecerá estranhíssima, de que não são disciplinadas por "regras de Direito", não sendo, pois, jurídicas, mas simples relações de poder, as que se processam no âmbito interno da Administração, compreendendo-se como integrando tal âmbito não apenas as que concernem às chamadas relações interorgânicas ou as que vinculam o Estado ao funcionário, mas também as que se processam na intimidade de um estabelecimento público entre a Administração e o administrado. Estas eram consideradas pertinentes ao âmbito "doméstico" da Administração, donde, por ela própria regidas. Contrapunham-se-lhes as relações objeto de "reserva legal" (conceito também cunhado por Otto Mayer) – logo, da alçada do Parlamento –, cujo objeto seria constituído pelas disposições relativas à liberdade e à propriedade das pessoas. Em suma: a noção de "reserva legal", nos termos apontados, era o divisor de águas da competência do Legislativo e do Monarca. Por aí se vê o quanto é grotesca a invocação da "reserva legal" em nosso Direito, no qual o art. 48 dispõe caber ao Congresso Nacional dispor sobre "todas as matérias de competência da União".

nistração. Para ficar em exemplos simplicíssimos e habitualmente referidos: é diferente a situação do servidor público, em relação ao Estado, da situação das demais pessoas que com ele não travaram tal vínculo; é diferente, em relação à determinada Escola ou Faculdade pública, a situação dos que nela estão matriculados e o dos demais sujeitos que não entretém vínculo algum com as sobreditas instituições; é diferente a situação dos internados em hospitais públicos, em asilos ou mesmo em estabelecimentos penais, daqueloutra das demais pessoas alheias às referidas relações; é diferente, ainda, a situação dos inscritos em uma biblioteca pública circulante, por exemplo, daquela dos cidadãos que não a frequentam e não se incluem entre seus usuários por jamais haverem se interessado em matricular-se nela.

Em quaisquer destes casos apontados, os vínculos que se constituíram são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, exigentes de uma certa *disciplina interna* para funcionamento dos estabelecimentos em apreço, a qual, de um lado, faz presumir *certas regras, certas imposições restritivas, assim como, eventualmente, certas disposições benéficas, isto é, favorecedoras*, umas e outras tendo em vista regular a situação dos que se inserem no âmbito de atuação das instituições em apreço e que *não têm como deixar de ser parcialmente estabelecidas na própria intimidade delas*, como condição elementar de funcionamento das sobreditas atividades.

Assim, acodem de logo ao espírito disposições relativas à vida funcional dos servidores públicos, ora restritivas ora favorecedoras; ou atinentes aos estudantes de um estabelecimento de ensino, quais as disposições sobre horário, disciplina, sanções, outorga de benefícios, prêmios etc.; ou voltadas para a boa ordem, higiene e segurança impostas aos pacientes dos nosocômios em geral e seus visitantes, como as relativas aos períodos de visitas; ou concernentes às condições de utilização dos livros em uma biblioteca, quais, *e.g.*, o número de dias que poderão conservá-los consigo, a suspensão das retiradas a título de sanção para os que ultrapassem ditos prazos, a obrigação de silêncio a ser observado nos ambientes de leitura, e tantas outras normas do gênero, concebidas em favor do bom funcionamento da entidade e dos próprios usuários de seus serviços. O mesmo dir-se-á no tocante a normas internas de disciplina e funcionamento de albergues, de prisões e de manicômios.

b) É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria *impossível*, *impróprio* e *inadequado* que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo

pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa. Exigência dessa ordem simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras, ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, e muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inadaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos. Deveras, não se vê como o Legislativo, afora preceptivos gerais, poderia estatuir todas as disposições minuciosamente regedoras do funcionamento das mais variadas Faculdades, Museus, Bibliotecas, Teatros, Hospitais, Asilos e outros estabelecimentos, bem como o regime condicionador ou repressor das condutas de quaisquer pessoas que com eles mantivessem os contatos necessários ao desfrute das utilidades que proporcionam, sem criarem uma autêntica balbúrdia e sem instaurarem uma série de contrassensos ou de regras visivelmente inadaptadas às circunstâncias; e isto, mesmo na suposição de que fosse materialmente possível.

14. Logo, mesmo tendo em conta as aprofundadas críticas que lhes fez Jorge Salomoni em excelente e apaixonante trabalho, no qual examinou o tema ao lume de um sistema jurídico similar ao brasileiro,[14] enquanto não construirmos categorias próprias para explicar detidamente as aludidas situações, há que aceitar a categoria das relações especiais de sujeição – ainda que bastante reformadas em relação a sua formulação de origem –, de tal sorte que todas as discussões erigíveis ao respeito delas, para se manterem dentro do campo de um impostergável realismo, cifrar-se-ão a indagar sobre as condições e limites de exercício dos poderes que comportam.

Assim, pode-se entender como indispensável, pelo menos, os seguintes condicionantes positivos de quaisquer destes poderes (sejam restritivos, sejam ampliativos), a saber:

a) tenham que *encontrar seu fundamento último em lei* que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão atribuições para expedir ditos regramentos, os quais consistirão em especificações daqueles comandos;[15]

14. "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho Público argentino", pp. 153 e ss., na obra coletiva *Problemática de la Administración Contemporánea – Una Comparación Europea-Argentina*, publicação do Instituto de Derecho Administrativo/UMA, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

15. Ou seja: nos termos que expusemos para certos regulamentos no Capítulo VI, "O Regulamento no Direito Brasileiro", ns. 35-38.

b) que os referidos poderes possam exibir seu *fundamento imediato naquelas mesmas relações de sujeição especial*, tal como, *e.g.*, poderes contratuais encontram fundamento no contrato;

c) restrinjam suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações especiais;

d) mantenham-se rigorosamente afinadas com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de sorte a que todo excesso se configure como inválido; e

e) conservem seu objeto atrelado ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial que esteja em causa.

Por outro lado, seriam seus condicionantes negativos:

a) não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;

b) não podem extravasar, em relação aos abrangidos pela supremacia especial (por suas repercussões), nada, absolutamente nada que supere a intimidade daquela específica relação de supremacia especial;

c) não podem exceder em nada, absolutamente nada, o estritamente necessário para o cumprimento dos fins da relação de supremacia especial em causa;

d) não podem produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou elidam interesses *de terceiros, ou os coloquem em situação de dever*, pois, de tal supremacia, só resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo entretido entre a Administração e quem nele se encontre internado. Ressalvam-se, apenas, por óbvio, as decisões cujos efeitos sobre este, por simples consequência lógica irrefragável, repercuta na situação de um terceiro.[16]

15. Luciano Parejo Alfonso[17] nos dá notícia de que a relação de sujeição especial atualmente reaparece como uma "modulação específica do princípio da legalidade" e que para Ossenbühl esta se apre-

16. Por exemplo: uma norma que proíba os internos em um hospital de receberem visitas a partir do horário "x", repercute sobre todos os eventuais visitantes.

17. In "La categoría de las relaciones especiales de sujeción", p. 138, na precitada obra coletiva *Problemática de la Administración Contemporánea*.

senta na conformidade dos seguintes pressupostos: "1º) quando o grau (insuficiente) de 'maturidade' para ser objeto de regulação (em virtude de componente científica ou tecnológica ou da operatividade de fatores políticos ou culturais) impõe, por si mesmo, a procedência de um poder normativo complementar (do Legislativo) do Governo; 2º) quando concorra uma certa refratariedade à regulação, gerando uma verdadeira impossibilidade material a que o Parlamento produza ou ao menos a ultime em termos idôneos (pela dinâmica de mudança a que a matéria está sujeita); 3º) quando, por suas características, a matéria apresente um forte impacto do valor da personalidade, como ocorre, desde logo, com as de assistência sanitária ou social e na de ensino".

De seu turno, Gallego Anabitarte, depois de circunstanciado estudo desta figura, considera, em conclusão que nelas não se há de considerar afastada a regência do princípio da legalidade, pois também em todas as intervenções das sujeições especiais deve haver uma autorização legal, "cuja base legal explícita pode ser substituída por uma cláusula geral", que, todavia, "só estará justificada quando exista uma impossibilidade de regular todos os casos (respectivamente, intervenções), ou então seja necessário manter-se a devida elasticidade com o fim de salvaguardar a eficiência da Administração" e, finalmente, que "as intervenções na situação jurídica do indivíduo devem servir à finalidade objetiva da relação especial de sujeição, assim como devem ser por ela exigidas ou por uma dada situação".[18]

O que aqui se quer realçar é que os atos encartados no âmbito das relações de sujeição especial não se enquadram no campo do Poder de Polícia, isto é, das "limitações administrativas à liberdade e à propriedade".

V. Essência do poder de polícia

16. Tendo em vista encarecer a ideia de que através do poder de polícia pretende-se, em geral, *evitar um dano*, costuma-se caracterizá-lo como um poder *negativo*. Ao contrário da prestação de serviços públicos, que se preordena a uma ação positiva, com obtenção de resultados positivos, como é o oferecimento de uma comodidade ou

18. "Las relaciones especiales de sujeción ...", precitada, *Revista de Administración Pública* 34/50.

utilidade aos cidadãos, o poder de polícia seria negativo, pois sua função cingir-se-ia a *evitar um mal*, proveniente da ação dos particulares. A afirmativa, entretanto, não procede. É excessivamente simplista.

Caracterizar o poder de polícia como positivo ou negativo depende apenas do ângulo através do qual se encara a questão. Com efeito, tanto faz dizer que através dele a Administração evita um dano, quanto que por seu intermédio ela constrói uma utilidade coletiva. Colocada a matéria nos termos da segunda assertiva, a atividade de polícia teria de ser considerada positiva. Figuremos um exemplo, para melhor realçar a ideia. As limitações ao direito de construir firmadas em favor de um objetivo urbanístico estético, tal a que favorece perspectivas e dimensões que embelezam uma área citadina, ou a que beneficia uma "perspectiva" monumental, visam não só a salvaguardar, mas, até mesmo, "construir" um valor estético em benefício da cidade. É claro que também se poderia dizer que estas medidas típicas do poder de polícia evitariam um prejuízo, consistente no enfeamento da cidade, que, à sua falta, se produziria. No fundo, a questão se resolve no modo de encarar o mesmo fato.

17. O poder de polícia tem, contudo, na quase totalidade dos casos, um sentido realmente negativo, mas em acepção diversa da examinada. É negativo no sentido de que através dele o Poder Público, de regra, não pretende uma atuação do particular, pretende *uma abstenção*. Por meio dele normalmente não se exige nunca um *facere*, mas um *non facere*. Por isso mesmo, antes que afirmar o seu caráter negativo, no sentido que usualmente se toma – o que é falso –, deve-se dizer que a utilidade pública é, no mais das vezes, conseguida de modo indireto pelo poder de polícia, em contraposição à obtenção direta de tal utilidade, obtida através dos *serviços públicos*.

O que os aparta, então, é, de um lado, o alcance direto ou indireto da utilidade coletiva, e, de outro lado, a circunstância de que, enquanto os serviços públicos se traduzem em prestações de utilidade ou comodidade oferecidas pelo Estado ou quem lhe faça as vezes,[19] o poder de polícia corresponde à atividade estatal que não almeja outra coisa senão uma abstenção dos particulares.

19. Para nós, o serviço público administrativo se define como "a atividade prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, de oferecimento direto de utilidade ou comodidade aos administrados sob um regime de Direito Público, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver consagrado como próprios no sistema normativo".

Ambos são prestações do Estado, mas os primeiros consistem, em si mesmos, no oferecimento de uma utilidade, enquanto os segundos obtêm a utilidade *por via oblíqua*, isto é, por via de *uma abstenção do particular*. Aí está a essência do poder de polícia para Santi Romano.[20]

Convém dizer, entretanto, que há uma ordem de casos em que se excepciona esta característica do poder de polícia. É a que respeita ao *condicionamento do uso da propriedade imobiliária* a fim de que se conforme ao atendimento de sua função social. Enquadram-se na caracterização de leis de polícia as que imponham ao proprietário uma *atuação em prol de ajustar o uso de sua propriedade à função social*. Isto decorre não apenas do art. 5º, XXIII, da Constituição, mas, sobretudo, do art. 182, § 4º, incluso no Capítulo "Da Política Urbana". De conseguinte, serão de "polícia administrativa" os atos infralegais previstos no § 4º dos incisos I e II do artigo citado. Através deles impõem-se ao proprietário de imóvel urbano atuações positivas, ou seja, que proceda ao parcelamento ou efetue edificação, se área incluída no Plano Diretor do Município estiver subutilizada ou não utilizada, tudo conforme disposto na lei federal 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade).

Traços característicos

18. Cirne Lima, oportunamente, anota que são traços característicos da atividade de polícia: a) provir *privativamente de autoridade pública*, donde se excluir de seu âmbito a reclusão compulsória de louco, promovida por parente, por exemplo; b) ser *imposta coercitivamente pela Administração*, pelo quê nela não se alberga o direito de vizinhança, ainda quando as imposições dele decorrentes sejam asseguradas de modo coativo, mas por injunção do Judiciário, provocado, como é óbvio, pelo particular interessado; c) abranger *genericamente* as atividades e propriedades, daí escaparem de seu campo os monopólios fiscais, posto que beneficiam a uma só atividade ou patrimônio, ao invés de favorecerem as atividades ou patrimônios em geral.[21]

19. Uma vez que o poder de polícia se caracteriza – normalmente – pela imposição de abstenções aos particulares, não há que ima-

20. Cf. ob. cit., pp. 122 e ss.
21. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed., 2007, p. 306.

giná-lo existente em manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigações de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços.

Em umas e outras o Poder Público impõe ao particular um dever de agir, ao passo que através da polícia administrativa exige-se, de regra, uma inação, um *non facere*. Às vezes há, *aparentemente*, obrigação de fazer. Por exemplo: *exibir* planta para licenciamento de construção; *fazer* exame de habilitação para motorista; *colocar* equipamento contra incêndio nos prédios. *É mera aparência* de obrigação de fazer. O Poder Público *não quer* estes atos. Quer, sim, *evitar* que as atividades ou situações *pretendidas pelos particulares* sejam efetuadas de *maneira perigosa ou nociva*, o que ocorreria se realizadas fora destas condições. Quando o Poder Público *quer o próprio resultado* só pode obtê-lo mediante ação dos particulares através da requisição de bens ou serviços, imposta pela lei dentro das condições e limites constitucionalmente previstos. A ser de outro modo, os direitos e garantias constitucionais conferidos à liberdade e à propriedade pouco ou nada valeriam.

20. Não se deve, ainda, confundir tais situações com as que derivam das servidões administrativas, via de regra caracterizadas por um *pati*, ou seja, um dever de suportar.

Nas servidões administrativas o Poder Público coloca determinado bem em uma especial sujeição ao interesse público, o que não ocorre com as limitações administrativas à propriedade privada, próprias da polícia administrativa, nas quais pela simples delimitação do âmbito de exercício do direito de propriedade obtém uma genérica e indiscriminada utilidade social; isto é, não se trata de gravame instituído de modo especial sobre certos bens onerados com uma peculiar sujeição ao interesse público.

Enquanto através do poder de polícia – nas chamadas limitações administrativas – o dano social é evitado (ou, reversamente, o interesse coletivo é obtido), pelo simples ajustamento do exercício da propriedade ao bem comum, nas servidões administrativas o bem particular é colocado sob parcial senhoria da coletividade.

Na servidão o bem é contemplado como já sendo portador de uma utilidade que o Poder Público deseja captar em proveito da coletividade; através da limitação administrativa, a utilidade a ser oferecida pelo bem nasce, juridicamente, da vedação imposta ao ad-

ministrado de atuar de maneira contrária ao que foi definido como interesse público.

No poder de polícia *é ideia predominante a vedação de um comportamento*; na servidão, diversamente, predomina a ideia de auferir especificamente um valor positivo da coisa, previamente reconhecido como existente nela *in actu*, não *in potentia*.

21. Dado que o poder de polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma consequência antissocial que dela poderia derivar, o condicionamento que impõe requer frequentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa *até que* a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos.

Com isto o Poder Público previamente se assegura de que não resultará um dano social como consequência da ação individual. É o caso da licença para edificar. O administrado deve exibir planta da futura construção, solicitando licença para tal. A Administração, verificando a sua conformidade com as exigências da legislação edilícia, expedirá ato vinculado facultando-lhe o exercício da atividade.

Em outras hipóteses incumbe à Administração manifestar-se discricionariamente, isto é, examinando a conveniência e oportunidade de concordar com a prática do ato que seria vedado ao particular à falta de autorização. É o caso do porte de arma, por exemplo. Estes atos de polícia administrativa apresentam-se com um cunho preventivo bastante acentuado.

VI. Polícia administrativa e polícia judiciária

22. Costuma-se, mesmo, afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumularia funções próprias da polícia administrativa com a função de *reprimir* a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa.

Tem, a nosso ver, razão Rolland[22] ao rejeitar a oposição caráter preventivo/caráter repressivo como critério de distinção entre as duas polícias – judiciária e administrativa.

Com efeito, frequentemente a Administração, no exercício da polícia administrativa, age repressivamente. Sempre que obsta a uma atividade particular, já em curso, é porque esta se revelou contrastante com o interesse público, isto é, lesou-o; enfim, causou um dano para a coletividade.

A dissolução de um comício, de uma passeata, atos típicos da polícia administrativa, tem lugar apenas quando se revelam perturbadores da tranquilidade pública, isto é, quando já feriram o interesse protegido pelo poder de polícia e, em consequência, já causaram um dano, uma perturbação, à coletividade.

Portanto, a atuação administrativa marca-se, aí, pela repressão a uma atuação antissocial. Só se poderá considerá-la preventiva *relativamente,* isto é, *em relação aos futuros danos outros que adviriam da persistência do comportamento reprimido.*

23. É certo, pois, que tal tipo de repressão seria perfeitamente diverso daquele que caracteriza a polícia judiciária, uma vez que não estaria em pauta o enquadramento do perturbador nas malhas do Poder Judiciário para aplicação da sanção prevista, como ausente estaria também o propósito de capturar delinquentes já condenados ou sujeitos a mandado judicial de prisão preventiva, mas tais circunstâncias não elidem o caráter repressor da ação policial administrativa nas hipóteses aventadas.

O mesmo se diga da apreensão de produtos farmacêuticos deteriorados ou alimentos impróprios para o consumo, já postos à venda e absorvidos pelos adquirentes, cuja nocividade só chegue ao conhecimento da autoridade pública depois do dano causado. Também nestes casos a polícia administrativa sanitária não se terá caracterizado pelo caráter preventivo. O fechamento e interrupção de espetáculo ofensivo à moralidade social, da mesma forma, só ocorrerão depois de patenteada sua feição corrosiva dos valores éticos; portan-

22. Com muito acerto, Rolland observa que a polícia judiciária não reprime: ajuda o Poder Judiciário a promover a repressão. Além disto, ressalta, a polícia administrativa, sobre prevenir – através de regulamentos e de interdições –, também reprime, empregando a força para assegurar o acatamento de suas ordens, independentemente de recurso às vias judiciais (Louis Rolland, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1947, p. 397).

to, posteriormente à ocorrência do evento antissocial. Também aí a polícia administrativa de costumes não se terá manifestado preventivamente, sem que tal fato a desnature ou a transfira para a categoria de polícia judiciária.

24. O que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que *a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais* enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.

Renato Alessi, sempre preciso, não desconheceu o caráter eventualmente repressivo da polícia administrativa e realçou seus vários traços ao defini-la como "a atividade administrativa preordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação, ora de observação, ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos".[23]

A importância da distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária está em que a segunda rege-se na conformidade da legislação processual penal e a primeira pelas normas administrativas.

VII. Atos através dos quais se expressa a polícia administrativa

25. A polícia administrativa manifesta-se tanto através de atos normativos e de alcance geral quanto de atos concretos e específicos. Regulamentos ou portarias – como as que regulam o uso de fogos de artifício ou proíbem soltar balões em épocas de festas juninas –, bem como as normas administrativas que disciplinem horário e condições de vendas de bebidas alcoólicas em certos locais, são disposições genéricas próprias da atividade de polícia administrativa.

De outro lado, injunções concretas, como as que exigem a dissolução de uma reunião subversiva, apreensão de edição de revista ou jornal que contenha noticiário ou reportagem sediciosa, imoral ou dissoluta, fechamento de estabelecimento comercial aberto sem a prévia obediência aos requisitos normativos, interdição de hotel utilizado para exploração do lenocínio, guinchamento de veículo que obstrua via pública, *são atos específicos* de polícia administrativa praticados em obediência a preceitos legais e regulamentares.

23. Ob. cit., p. 527.

26. Finalmente, cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização de pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas.

Do mesmo modo, a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e casas de pasto, a vistoria dos veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização da caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são, entre outras numerosíssimas, manifestações fiscalizadoras próprias da polícia administrativa.

VIII. O poder de polícia é discricionário?

27. Costuma-se afirmar que o poder de polícia é atividade discricionária. Obviamente, tomada a expressão em seu sentido amplo, isto é, abrangendo as leis condicionadoras da liberdade e da propriedade em proveito do bem-estar coletivo, a assertiva é válida, desde que se considere a ação do Legislativo como gozando de tal atributo. Ocorre que se pretende caracterizar como discricionário o próprio poder de polícia administrativa. A afirmativa deixa, então, de ter procedência.

28. Em rigor, no Estado de Direito inexiste um *poder*, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe.

No caso específico da polícia administrativa é fácil demonstrá-lo. Basta considerar que, enquanto as autorizações, atos típicos da polícia administrativa, são expedidas no uso de competência exercitável discricionariamente, as licenças, *igualmente expressões típicas dela*, são atos vinculados, consoante pacífico entendimento da doutrina. Basta a consideração de tal fato para se perceber que é inexato

o afirmar-se que o poder de polícia é discricionário. Pode-se, com propriedade, asseverar, isto sim, que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados.

IX. Definição de polícia administrativa

29. Em face de todo o exposto, pode-se definir a polícia administrativa como *a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.*

X. Polícia geral e polícia especial

30. É corrente na doutrina francesa a distinção entre polícia geral e especial. Curiosamente, há quem reproduza de modo acrítico tal divisão, repetindo-a, no Direito brasileiro. Entre nós não tem qualquer sentido estabelecer o citado discrímen. Com efeito, há uma razão peculiar ao Direito francês para a separação em tela. Entende-se como polícia geral a atividade de limitação ao exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos quando preordenada a assegurar a *tranquilidade*, a *segurança* e a *salubridade públicas*. Polícia especial seria aquela concernente aos outros diversos ramos de atuação da polícia administrativa.

31. Esta divisão, na França, encontra seu fundamento em uma dupla circunstância, a segunda das quais é a única interessante ao Direito. A primeira razão é histórica e prende-se ao fato de que as atividades de polícia inicialmente incidiam sobre as matérias havidas como próprias da polícia geral: segurança, tranquilidade e salubridade públicas, as quais em conjunto perfaziam a noção de ordem pública.[24] Daí reputar-se, em tempos, ser este o campo próprio do exercício do poder de polícia. Esta, aliás, é a razão por que numerosas

24. Cf. Rolland, ob. cit., p. 399; Georges Vedel, *Droit Administratif*, Bogotá, Thémis, 1964, pp. 15 e 569-570; Maurice Hauriou, *Précis* ..., 4ª ed., refundida e atualizada por André Hauriou, p. 326.

definições expressamente contemplam estes setores e cingem-se a eles. De resto, o texto legal autorizador das intervenções do poder de polícia na França, muito vetusto, diga-se de passagem, abria ensanchas para ação da atividade administrativa precisamente nestes campos.[25] Posteriormente, fazendo uso de competências específicas, expressamente definidas e contempladas em legislação especial, concernente a outros ramos administrativos, a Administração veio a interferir em áreas diversas.

Enquanto em matéria de segurança, tranquilidade e salubridade públicas a Administração interfere através de regulamentos, segundo disposições firmadas a seu alvedrio, livremente – dado que os textos em que se apoia limitam-se a entregar-lhe competência para intervir –, em todas as demais se encontrava e se encontra estritamente presa aos textos de lei que regulam seus poderes. De fato, na primeira hipótese, polícia geral, a Administração vale-se de regulamentos autônomos, que inovam na ordem jurídica e têm, pois, cunho materialmente legislativo.[26]

32. Ocorre que no Brasil só existem regulamentos executivos, isto é, para fiel execução das leis. Foge à alçada regulamentar inovar na ordem jurídica.[27] Para nós, então, não interessa indagar se se trata

25. O primeiro texto é a Lei de 22.12.1789-8.1.1790, segundo o qual compete aos administradores dos Departamentos a "manutenção da salubridade, da segurança e da tranquilidade públicas". Já, os poderes do Chefe da Comuna se radicam no art. 97 da Lei de 5.4.1884, segundo o qual "a polícia municipal tem por objeto assegurar a boa ordem, a segurança e a tranquilidade públicas". Quanto ao Chefe do Executivo nacional da França, em 1919, seus poderes relativos à polícia administrativa foram contestados perante o Conselho de Estado, que, todavia, no famoso aresto *Labonne* afirmou competir ao Chefe de Estado, "*fora de qualquer delegação legislativa e em virtude de seus poderes próprios*, fixar as medidas de polícia que convém sejam aplicadas em todo o território da França". A propósito, v. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, organizado por Marceau Long, Prosper Weil e Guy Braibant, Paris, Sirey, 1965, pp. 157-159.

26. Por isso Rolland afirmou, com inequívoca clareza: "Desde que uma autoridade investida dos poderes de polícia toma medidas tendentes, em razão das circunstâncias de fato, a assegurar a tranquilidade, a segurança ou a salubridade, *mesmo na ausência de um texto prevendo a medida* em questão, sua intervenção é legítima (...). Na ausência de um texto lhe dando uma habilitação especial, a autoridade investida da polícia não tira de seus poderes gerais nada senão o que concerne à tranquilidade, à segurança e à salubridade. Se pretende fazer outra coisa, ultrapassa suas atribuições e sua decisão é irregular" (ob. cit., p. 400).

27. O art. 84, IV, da Constituição brasileira estabelece que compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para *fiel execução das leis*, e o art. 5º, II, dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

de segurança, ordem ou salubridade públicas, ou qualquer outro setor, uma vez que se encontram niveladas todas as intervenções da Administração.

XI. Delegação de atos de polícia administrativa

33. Os *atos jurídicos* expressivos de *poder público*, de *autoridade pública*, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, *e.g.*, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados.

A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.

34. Daí não se segue, entretanto, que *certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia* não possam ser praticados por particulares, mediante *delegação*, propriamente dita, ou em decorrência de um *simples contrato de prestação*.[28] Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de "credenciamento". Adílson Dallari, em interessantíssimo estudo, recolhe variado exemplário de "credenciamentos".[29] É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência.

senão em virtude *de lei*" (v. Geraldo Ataliba, *Apontamentos de Ciência das Finanças e Direito Financeiro*, São Paulo, Ed. RT, 1969, p. 117).

28. Por força do qual o contratado prestará a atividade *para o Poder Público*, sem vínculo *jurídico direto* com os administrados e sem remuneração captada diretamente destes.

29. "Credenciamento", in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba* (obra coletiva), vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pp. 38-54.

Para execução desta atividade material, *objetiva, precisa por excelência*, e desde que retentora de dados para controle governamental e dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela *impessoalidade* (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma *igualdade* completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

De resto, não há nisto atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados, pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a *decisão* sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato.

35. Há, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material *sucessivo* a ato jurídico de polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de *executar materialmente* ato jurídico interferente apenas com a *propriedade* dos administrados; *nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados*. Tome-se como exemplo a possibilidade de a Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalcitrar em providenciá-las por seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto. Ou seja: o Poder Público não estaria obrigado a proceder à demolição ou implosão do edificado – ou, em outro exemplo, à desobstrução da faixa marginal de rodovias – mediante servidores públicos.

36. Existe, finalmente, a hipótese – que na atualidade ainda se pode considerar peculiar – na qual *ato jurídico de polícia inteiramente vinculado* pode ser expedido por *máquina*[30] que sirva de veículo de formação e transmissão de *decisão do próprio Poder Público* (caso de parquímetros que expeçam auto de infração), inobstante o equipamento pertença a um contratado e esteja sob sua guarda e manutenção. Em nosso entender, o fenômeno aí ocorrente explica-se pela preposição do bem do particular ao jugo da "relação de admi-

30. Sobre atos jurídicos praticados por máquina v. Capítulo VII, ns. 2 e 3.

nistração", nos termos em que a configura Ruy Cirne Lima,[31] de tal sorte que, por força dela, o bem privado opera como veículo de expressão do Poder Público (não sendo, pois, de se cogitar de uma "delegação").

Para concluir: salvo hipóteses excepcionalíssimas (caso dos poderes outorgados aos comandantes de navio), não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual. Pode haver, entretanto, habilitação do particular à prática de ato material preparatório ou sucessivo a ato jurídico desta espécie, nos termos e com as limitações supra-assinaladas.

XII. Executoriedade das medidas de polícia administrativa

37. As medidas de polícia administrativa frequentemente são autoexecutórias: isto é, pode a Administração Pública promover, por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. Assim, uma ordem para dissolução de comício ou passeata, quando estes sejam perturbadores da tranquilidade pública, será coativamente assegurada pelos órgãos administrativos. Estes se dispensam de obter uma declaração preliminar do Judiciário, seja para declaração do caráter turbulento do comício ou da passeata, seja para determinar sua dissolução.

A interrupção de um espetáculo teatral, por obsceno, será procedida, do mesmo modo, pela Administração Pública, sem que esta obtenha prévia declaração judicial reconhecendo e autorizando a paralisação da exibição teatral. A apreensão de gêneros alimentícios impróprios para o consumo, por deteriorados ou insalubres, também é medida coativa passível de ser posta em prática pelo Executivo, sem recurso às vias judiciárias, tão logo constate a irregularidade.

O fechamento de estabelecimento industrial que exceda o nível de ruídos tolerável e legalmente estabelecido é cabível sempre que a

31. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª ed., Malheiros Editores, 2007, pp. 105-109 e 189 e ss. Conforme corretamente ensinou este notável administrativista, relação de administração e propriedade podem conviver, caso em que a primeira domina e paralisa a segunda.

empresa se mostre recalcitrante e se recuse a atender às intimações administrativas que lhe imponham a adoção de medidas necessárias à redução dos ruídos perturbadores da coletividade. A sustação da circulação de táxis que trafeguem sem a competente aferição do taxímetro, logicamente, é medida que assiste ao Executivo, independentemente de manifestação judicial.

A apreensão do material de pesca ou de caça utilizado em excursão cinegética ou haliêutica realizada em desacordo com as exigências dos Códigos de Caça e de Pesca é consequência normal das infrações cometidas, e a Administração a aplicará independentemente de prévia manifestação do Judiciário.

38. Todas estas providências, mencionadas exemplificativamente, têm lugar em três diferentes hipóteses:

a) quando a lei expressamente autorizar;

b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade;

c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.

39. É natural que seja no campo do poder de polícia que se manifesta de modo frequente o exercício da *coação administrativa*, pois os interesses coletivos defendidos frequentemente não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia, respeitadas, evidentemente, entretanto, as garantias individuais do cidadão constitucionalmente estabelecidas.

40. É óbvio, todavia, que em todas as hipóteses os particulares podem sempre recorrer ao Poder Judiciário para sustar as providências administrativas que tenham fundado receio de vir a sofrer em desconformidade com a lei ou para obter as reparações devidas quando, da atuação ilegal da Administração, venham a sofrer danos causados a pretexto do exercício do poder de polícia.

41. Ao se indicar a possibilidade jurídica de a Administração obter compulsória obediência aos seus ditames de polícia supôs-se, evidentemente, a atuação regular desta, e não o uso desmedido ou, de qualquer modo, afrontoso à legalidade. O *habeas corpus* e o man-

dado de segurança são meios especialmente eficazes para defesa do particular em tais casos.

XIII. Polícia administrativa e o princípio da proporcionalidade contra abusos da Administração

42. A utilização de meios coativos por parte da Administração, conforme o indicado, é uma necessidade imposta em nome da defesa dos interesses públicos. Tem, portanto, na área de polícia, como em qualquer outro setor de atuação da Administração, um limite conatural ao seu exercício. Este limite é o atingimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia.

Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, *nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei*, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja *proporcionalidade* entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

A via da coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa. Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico licitamente desejado pelo Poder Público é injurídica.

43. Este eventual excesso pode se apresentar de dois modos:

a) a intensidade da medida é maior que a necessária para a compulsão do obrigado;

b) a extensão da medida é maior que a necessária para a obtenção dos resultados licitamente perseguíveis.

Serve de exemplo da primeira hipótese o emprego de violência para dissolver reunião não autorizada, porém pacífica. Configura a segunda hipótese a apreensão de toda uma edição de jornal ou revista, por prejudicial à tranquilidade ou moralidade, quando seria suficiente proibir ou obstar à sua distribuição unicamente nas regiões ou locais onde sua divulgação fosse passível de ofender o bem jurídico defendido.

XIV. Setores da polícia administrativa

44. A polícia administrativa manifesta-se em diferentes campos. Marca-se sempre pelos mesmos caracteres até agora apontados, mas, por razões de ordem didática, unicamente tendo em vista exemplificar suas áreas de incidência, pode-se referir os seguintes setores: polícia de caça, destinada à proteção da fauna terrestre; polícia de pesca, volvida à proteção da fauna aquática (Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197, de 3.1.1967); polícia de divertimentos públicos, visando à defesa dos valores sociais suscetíveis de serem feridos por espetáculos teatrais, cinematográficos; polícia florestal, destinada à proteção da flora (Lei 12.651, de 25.5.2012, dito Código Florestal); polícia de pesos e medidas, para a fiscalização dos padrões de medida, em defesa da economia popular (Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.9.1.990); polícia de tráfego e trânsito, para garantia da segurança e ordem nas vias e rodovias, afetável por motivo da circulação nelas (Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503, de 23.9.1997); polícia dos logradouros públicos, destinada à proteção da tranquilidade pública; polícia sanitária, voltada à defesa da saúde pública e incidente em vários campos, tais a polícia dos medicamentos, das condições de higiene nas casas de pasto, dos índices acústicos toleráveis; polícia da atmosfera e das águas, para impedir suas respectivas poluições; polícia edilícia, relativa às edificações, etc.

A relação acima é simples enumeração, sem nenhum propósito de classificar ou sistematizar os campos de incidência da polícia administrativa.

45. Resumidamente, pode-se dizer que a polícia administrativa propõe-se a salvaguardar os seguintes valores: a) de segurança pública; b) de ordem pública; c) de tranquilidade pública; d) de higiene e saúde públicas; e) estéticos e artísticos; f) históricos e paisagísticos; g) riquezas naturais; h) de moralidade pública; i) economia popular.

XV. Polícia administrativa da União, Estados e Municípios

46. As três entidades jurídicas de capacidade política, União, Estados e Municípios, desempenham atividades de polícia administrativa. O problema que se coloca é o de saber-se quais os campos em que incidirá a atuação de cada uma delas.

47. Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria.[32] Assim, a União exercerá em caráter exclusivo polícia administrativa sobre o que estiver arrolado no art. 22 da Constituição e concorrentemente com Estados e Distrito Federal sobre o que consta do art. 24. Estados irão exercitá-la em caráter exclusivo nas hipóteses abrigáveis no § 1º do art. 25 ou em concorrência com a União nas do art. 24, precitado. Municípios têm seu campo exclusivo de polícia administrativa no que disser respeito ao seu peculiar interesse, notadamente sobre as matérias previstas no art. 30. O Distrito Federal, a quem competem, por força do art. 32, § 1º, atribuições correspondentes às dos Municípios e às dos Estados (salvo no que concerne ao § 1º do art. 25), exercerá polícia administrativa em caráter exclusivo no mesmo caso em que os Municípios a exercem e concorrentemente nas hipóteses do art. 24.

48. Sucede que a recepção do critério lembrado exige certas precisões, para prevenir equívocos. Com efeito, muitas matérias há relacionadas como de competência da União que, quanto ao fundo, só a ela são pertinentes, mas que repercutem diretamente sobre interesses peculiares do Município e por isso mesmo são suscetíveis de serem por ele reguladas e asseguradas nos aspectos que interferem com a vida e a problemática municipais.

Eis por que este exercerá sua atividade de polícia na salvaguarda dos interesses pertinentes ao seu âmbito de ação mesmo quando, à primeira vista, em exame menos arguto, pudesse fazer parecer tratar-se de problema afeto a Estado ou União, nos termos da discriminação constitucional.

Um exemplo aclarará a ideia que se quer veicular. Incumbe à União, nos termos do art. 22, I, legislar sobre Direito Comercial. Então, efetivamente, nem Estados nem Municípios poderão dispor sobre tal matéria, nem mesmo para qualificar quem é ou deixa de ser comerciante. Entretanto, o horário de exercício do comércio, os locais onde é vedado o estabelecimento de casas comerciais, por interessarem peculiarmente ao Município, são objeto de legislação deste, conquanto, como é óbvio, tal fato interfira com o exercício da atividade comercial. Em razão desta competência do Município, este é o habilitado para conceder o alvará de funcionamento de casa comercial e fiscalizar o seu funcionamento.

32. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 137.

49. Deve-se, em conclusão, entender que a atividade de polícia administrativa incumbe a quem legisla sobre a matéria, ficando, todavia, claro que a competência legislativa da União sobre os assuntos relacionados no art. 22 não exclui competência municipal ou estadual, e, portanto, não exclui o poder de polícia destes, quanto aos aspectos externos à essência mesma da matéria deferida à União.

Haverá competência concorrente quando os interesses de pessoas políticas diferentes se justapõem. Assim, em matéria de segurança e salubridade públicas não é rara a ocorrência do fato. A legislação municipal que regula a expedição de alvará de licença para funcionamento de locais de divertimentos públicos prevê fiscalização também da segurança dos eventuais usuários.

Então, cumpre que a lotação da casa de espetáculos não exceda os limites compatíveis com a segurança das pessoas que ali ingressam, que as portas de saída dos cinemas não estejam obstruídas ou dificultando a vazão do público em momentos de emergência.

Já, aos Estados caberá manter a segurança do mesmo público quando considerada sob outro aspecto. Assim, os policiais, agentes de serviço estadual de polícia de segurança, prevenirão e reprimirão tumultos e conflitos que ameacem lesar ou lesem a comunidade e, pois, garantirão também a segurança dos indivíduos presentes nos locais de divertimentos públicos.

Capítulo XV

INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

I. Conceito. II. Finalidades. III. Sujeito infrator e sujeito responsável subsidiário. IV. "Excludentes" da infração ou da sanção. V. Princípios. VI. Providências acautelatórias. VII. Classificações das sanções: sanções transmissíveis e sanções intransmissíveis. VIII. Multas. IX. Dever de sancionar.

I. Conceito

1. *Infração* e *sanção administrativa* são temas indissoluvelmente ligados. A infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela. Assim, o estudo de ambas tem que ser feito conjuntamente, pena de sacrifício da inteligibilidade quando da explicação de uma ou de outra.

Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera.

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta.[1] Com efeito, é disto que resulta o regime jurídico que lhes confere a própria feição, a identidade jurídica que

1. *A Sanção no Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 2003, pp. 30 e ss., notadamente p. 34.

lhes concerne, como acentuaram Régis Fernandes de Oliveira[2] e Daniel Ferreira,[3] enfatizando um critério formal.

Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a *aplicação* da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada.

Sendo muito variadas as relações de Direito Administrativo, são também muito variadas as modalidades de sanção. Assim, existem: a) advertência; b) sanções pecuniárias – isto é, multas; c) interdição de local ou estabelecimento – como o fechamento de uma fábrica por poluir as águas; d) inabilitação temporária para certa atividade – como a suspensão do direito de licitar, ou da carteira de habilitação de motorista; e) extinção de relação jurídica entretida com o Poder Público – como as cassações de licença de funcionamento ou a decretação de caducidade de uma concessão de serviço público; f) apreensão ou destruição de bens – como, respectivamente, de equipamentos de pesca ou de caça utilizados fora das normas e de edificação construída em desobediência à legislação edilícia (neste caso, apenas quando aplicada depois de ser dada oportunidade de defesa. Já a apreensão preliminar é simplesmente medida acautelatória e não sanção, cf. n. 15). A figura da *prisão administrativa*, hoje não mais subsiste, pois o STF a considera como sanção inconvivente com o art. 5º, LV e LVI, da Constituição Federal.

II. Finalidades

2. Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas

2. Em sua pioneira monografia *Infrações e Sanções Administrativas* (Ed. RT, 1985), o ilustre autor, no Capítulo 6, faz sintética mas excelente resenha de posições doutrinárias, concluindo por adotar um critério formal – o do regime jurídico (pp. 25-33).

3. *Sanções Administrativas*, Malheiros Editores, 2001, pp. 59-60. Sustenta o autor – tal como Régis Fernandes de Oliveira – que o único critério idôneo é o do regime jurídico – critério formal, portanto.

censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.

Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um "mal", objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde, não entram em pauta intentos de "represália", de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas –, de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, consequentemente, das sanções administrativas.

Estas considerações, sem embargo de serem óbvias, necessitam ser explicitamente afirmadas e relembradas, pois se estiverem constantemente presentes no espírito do intérprete evitarão equívocos em relação a tópicos interessantes ao tema das infrações e sanções administrativas.

III. Sujeito infrator e sujeito responsável subsidiário

3. Tanto podem ser sujeitos da infração administrativa e do dever de responder por elas pessoas físicas como pessoas jurídicas, sejam de Direito Privado, sejam de Direito Público. O menor também pode se incluir em tais situações. Assim, caso desatenda aos regulamentos de uma biblioteca pública, incorrendo na figura infracional de retenção de livro além do período permitido, sofrerá suspensão, como qualquer outro. Diversamente, há sanções que não teria como suportar. Assim, se conduzir automóvel sem carteira de habilitação ou em excesso de velocidade, o pai ou responsável pelo menor responderá pelas multas cabíveis ou quaisquer outras sanções previstas.

O que se vem de dizer exibe, desde logo, a diferença entre a figura do *infrator* e a do chamado *responsável subsidiário*. O *infrator*,

bem se percebe, é o sujeito que pratica a infração e que, de regra, suportará a sanção por ela; ao passo que o *responsável subsidiário* é aquele que, por força da lei, responderá pela infração caso aquele que a cometeu não possa responder ou não responda por ela. Sem embargo, como é intuitivo, a lei não poderia estabelecer tal efeito no caso de certas sanções como, por exemplo, a de suspensão do exercício de atividade por incursão em conduta gravemente censurável. Os casos em que cabe ou não transmissibilidade serão examinados mais adiante (ns. 16 e 17).

IV. "Excludentes" da infração ou da sanção

4. É corrente o uso da expressão "excludentes" para referir hipóteses em que se considerará inexistente a infração, ou não sancionável a conduta, conforme o caso. São encontráveis menções ao (1) fato da natureza (força maior); (2) caso fortuito; (3) estado de necessidade; (4) legítima defesa; (5) doença mental; (6) fato de terceiro; (7) coação irresistível; (8) erro; (9) obediência hierárquica; (10) estrito cumprimento do dever legal; (11) exercício regular de direito. Em nosso entender, as oito primeiras hipóteses dizem com a falta de voluntariedade – logo, elidem o próprio cometimento da infração, uma vez que a voluntariedade é o mínimo elemento subjetivo que se exige para imputação de uma infração a alguém. Já as três últimas correspondem a uma exclusão da sanção, propriamente dita.

V. Princípios

5. Infrações administrativas, para serem validamente instituídas e irrogadas a quem nelas incidiu, devem atender a determinados princípios básicos, alguns dos quais também se aplicam às sanções; a saber: a) princípio da legalidade; b) princípio da anterioridade; c) princípio da tipicidade; d) princípio da exigência de voluntariedade. Quanto às sanções e sua aplicação devem ser mencionados, além dos princípios referidos nas letras "a", "b", "c" e "d", mais: e) proporcionalidade; f) devido processo legal; e g) motivação. Vejamos em que consiste cada qual, anotando, liminarmente, que a desobediência a quaisquer deles sujeita o ato sancionador a ser fulminado.

6. (a) *Princípio da legalidade* – Este princípio basilar no Estado de Direito, como é sabido e ressabido, significa subordinação da Ad-

ministração à lei; e nisto cumpre importantíssima função de garantia dos administrados contra eventual uso desatado do Poder pelos que comandam o aparelho estatal. Entre nós a previsão de sua positividade está incorporada de modo pleno, por força dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. É fácil perceber-se sua enorme relevância ante o tema das infrações e sanções administrativas, por estarem em causa situações em que se encontra desencadeada uma frontal contraposição entre Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo seu poderio, como eventual vergastadora da conduta deste último.

Bem por isto, tanto infrações administrativas como suas correspondentes sanções têm que ser instituídas em lei[4] – não em regulamento, instrução, portaria e quejandos. Ressalvem-se, entretanto, as hipóteses *retro* referidas, atinentes à chamada "supremacia especial" (contempladas nos ns. 12 a 15 do Capítulo XIV), em que a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de um vínculo específico travado com o particular – como, por exemplo, de uma concessão de telecomunicações ou do ato de admissão de alguém a uma biblioteca pública. Assim, com bases neles é que o próprio órgão administrativo, respeitados os condicionamentos dantes expostos, configurará infrações e correlatas sanções.

Do mesmo modo, cumpre dizer que também não haverá desrespeito ao princípio da legalidade em matéria de infrações e sanções administrativas nas hipóteses em que o enunciado legal pressupõe a elaboração de normas inteiramente dependentes de conclusões firmadas sobre *averiguação* ou *operacionalização técnica*, que só poderiam mesmo ser efetuadas na esfera administrativa. É o que ocorre com as situações em que é *impossível*, *impraticável* ou *desarrazoado* efetuar precisões rigorosas ao nível da lei, dado o influxo das rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como de condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, *níveis diversos no grau das exigências administrativas* adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados (tudo conforme deixamos averbado no Capítulo VI, ns. 35 a 37). Relembrem-se, uma vez mais, exemplos de Geraldo Ataliba (mencionados no referido n. 35 do Cap. VI) sobre estatuições desta espécie:

4. Com fundamento em sólidos argumentos, Heraldo Garcia Vitta sustenta que não podem ser criadas por medidas provisórias (ob. cit., pp. 85 e ss.).

disposições normativas que caracterizam certas drogas como prejudiciais à saúde ou medicamentos como potencialmente perigosos; as que, a bem da salubridade pública, delimitam o teor admissível de certos componentes em tais ou quais produtos; as que especificam as condições de segurança mínima nos veículos automotores e que estabelecem as condições de defesa contra fogo nos edifícios.

Em relação a estas últimas hipóteses percebe-se que reconhecer quais são os equipamentos indispensáveis à segurança que um veículo deve oferecer ao usuário (para bem atender à norma legal que faça tal exigência) corresponde a analisar quais são os recursos disponíveis em face da tecnologia da época e das possibilidades efetivas de sua pronta utilização, levando em conta, *também*, fatores atinentes ao custo deles, de tal modo a não se fazerem exigências tão excessivas que as tornem impraticáveis, nem tão insignificantes que comprometam a razão de ser do dispositivo legal regulamentado. O mesmo se dirá no tocante à segurança contra fogo nas edificações. Se a lei impõe, sem maiores especificações, a adoção de equipamentos de prevenção e segurança contra incêndio, os mesmos fatores supramencionados concorrerão para se poder qualificar o que será tido como tecnicamente necessário ao atendimento plausível do desígnio legal. Todas essas medidas são expedidas com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisáveis na via administrativa.

Tais medidas concernem tão somente à *identificação* ou *caracterização técnica*, dos *elementos* ou situações de fato que respondem, já agora de modo preciso, aos conceitos inespecíficos e indeterminados de que a lei se serviu, exatamente para que fossem precisados depois de estudo, análise e ponderação técnica efetuada ao nível da Administração, com o concurso, sempre que necessário, dos dados de fato e dos subsídios fornecidos pela Ciência e pela tecnologia disponíveis.

7. (b) *Princípio da anterioridade* – Analogamente ao preceito penal do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, também não há infração administrativa nem sanção administrativa sem prévia estatuição de uma e de outra. Assim, jamais se poderia penalizar um administrado por infração criada posteriormente à prática do ato censurado, assim como também não se poderia aplicar sanção inexistente na ocasião da conduta censurada, ou mais enérgica do que as então existentes e só incrementada por norma posterior.

8. (c) *Princípio da tipicidade* – A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para *não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável*, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja *objetivamente* reconhecível.

Com efeito, toda a construção jurídica objetivada com os princípios anteriores, estabelecidos em nome da segurança jurídica, valeria nada e, demais disto, ficaria inteiramente comprometida a finalidade própria das infrações e sanções administrativas se a caracterização das condutas proibidas ou impostas aos administrados pudesse ser feita de modo insuficiente, de tal maneira que estes não tivessem como saber, com certeza, quando e do quê deveriam se abster ou o que teriam de fazer para se manterem ao largo das consequências sancionadoras aplicáveis aos infratores do Direito. Idem se os agentes administrativos pudessem considerar ocorrente uma dada infração segundo critérios subjetivos seus. É evidente, portanto – e da mais solar evidência –, que, para cumprirem sua função específica (sobreposse em atenção às finalidades do Estado de Direito), as normas que de alguma maneira interfiram com o âmbito de liberdade dos administrados terão de qualificar de modo claro e objetivo, perfeitamente inteligível, *qual* a restrição ou qual a obrigação impostas e *quando* são cabíveis. Disse com razão Fábio Medina Osório que "as normas sancionadoras devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito de seu conteúdo proibitivo",[5] sendo isto uma consequência da cláusula constitucional do devido processo legal.

Assim, o pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar ou a que devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão na figura infracional; ou seja: cumpre que tenham ciência perfeita de como evitar o risco da sanção e, ao menos por força disto (se por outra razão não for), abster-se de incidir nos comportamentos profligados pelo Direito. A ser de outro modo, além de as sanções estabelecidas para a incursão neles não terem como cumprir a função que

5. *Direito Administrativo Sancionador*, Ed. RT, 2000, p. 211.

lhes é própria, os sujeitos viveriam em álea permanente, por ignorarem como deveriam proceder para estarem ajustados ao Direito, pois tanto poderiam incorrer como não incorrer nelas ao sabor do acaso, isto é, independentemente de suas próprias vontades de escolherem o comportamento conforme ou não ao Direito – o que, a final, seria a própria negação da ordem jurídica. No que se vem de dizer, aliás, está implicada a ideia de que a aplicação de uma sanção pressupõe que o administrado haja procedido voluntariamente.

9. Se na caracterização das infrações administrativas são reclamados os indispensáveis cuidados que preservem a razão de existir do princípio da legalidade, outro tanto se dirá no que respeita à identificação das *sanções* cabíveis em vista das condutas violadoras que as ensejam.

Com efeito, cumpre que a *lei* noticie de maneira clara aos administrados a que *consequências* estarão sujeitos se descumprirem as normas pertinentes. O mínimo que se espera de um Estado de Direito – e maiormente de um, como é o caso do Brasil, que se proclama um Estado *Democrático* de Direito (art. 1º da Constituição), tanto mais se declaradamente tem como um de seus fundamentos "a cidadania" (inciso II do mesmo artigo) – é que assegure aos administrados prévia ciência dos gravames que lhes serão infligidos caso desatendam às leis administrativas.

É óbvio que esta prévia ciência há de ser algo real, consistente, e não uma paródia, um simulacro de informação sobre o que, deveras, está previsto como sendo o específico gravame que deverá incidir.

Veja-se: ninguém consideraria obediente ao princípio da legalidade a norma penal que estabelecesse para os crimes em geral, ou mesmo para um dado crime, dependendo de sua gravidade, sanções que iriam de 2 meses a 30 anos de pena privativa da liberdade. Regramento de tal ordem, em rigor de verdade, não estaria previamente noticiando ao administrado a consequência jurídica imputável à conduta ilícita.

O vício que se lhe increparia é o de que a identificação da sanção não teria atendido ao mínimo necessário para sua validade, pois a liberdade conferida ao juiz seria de tal ordem que o cidadão não estaria governado pela lei, mas pelo juiz – traindo-se, dessarte, o velho e fundamental princípio segundo o qual no Estado de Direito vigora a *rule of law, not of men*.

10. Assim também não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isto significaria, na real verdade, a outorga de uma "discricionariedade" tão desatada, que a sanção seria determinável *pelo administrador e não pela lei*, incorrendo esta em manifesto vício de *falta de "razoabilidade"*. É dizer: teria havido um simulacro de obediência ao princípio da legalidade; não, porém, uma verdadeira obediência a ele. Norma que padecesse deste vício seria nula, por insuficiência de delimitação da sanção.

Valha como exemplo de incursão na sobredita invalidade a disposição residente no parágrafo único do art. 57 da Lei 8.078, de 11.9.1990 (Código do Consumidor), que estabelece uma variação no montante da multa que vai de duzentas vezes a três milhões de vezes o valor da UFIR (ou índice que a substitua), conforme a gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator e sua condição econômica – tudo isto sem maiores especificações legais relativamente a tais tópicos.

Com efeito, é óbvio que aí não se procedeu a uma caracterização minimamente consistente da sanção. O intervalo entre o mínimo e o máximo é tão desabridamente grande, que não teria havido substancial diferença entre estabelecer dita variação e haver deixado o administrador inteiramente livre para fixar o valor da multa – caso em que se exibiria com esplendorosa clareza a invalidade da norma. Mesmo que ulteriormente a Administração estabelecesse parâmetros, a invalidade apontada continuaria a persistir, por ofensa ao princípio da legalidade, já que norma administrativa não é lei.

11. (d) *Princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração* – O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexista a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta.

É muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual.[6]

Pode – a um primeiro súbito de vista – parecer que a exigência de voluntariedade contrapor-se-ia ao fato de que há certas sanções que são transmissíveis e que, obviamente, não se pode fazer tal predicação (voluntariedade) em relação àquele a quem foi transmitida. Não há nisto contradição, pois o que está sendo afirmado não é que tenha de existir voluntariedade por parte de quem *responde* pela sanção, mas de quem *pratica* uma conduta qualificada como infração.

Estamos a referir a distinção entre *infrator*, que é aquele que pratica a conduta proibida ou omite aquela a que estava obrigado, e *responsável subsidiário*, que é o sujeito a quem a ordem jurídica impõe que suporte a sanção – evidentemente nos casos de sanções transmissíveis, na qualidade de sucessores *inter vivos* ou *mortis causa* do infrator ou por terem um vínculo especial com ele (como o pai em relação ao filho), caso o infrator não as tenha efetivamente sofrido. É o que ocorre, por exemplo, no caso das multas de trânsito que gravarão o adquirente do veículo se não houverem sido pagas, pois terão de sê-lo para que o veículo possa ser licenciado. A transmissibilidade, neste caso, visa a evitar que o transgressor, alienando o veículo, se evada à sanção. Fazendo-a transmissível, presumivelmente obriga-o a sofrer a sanção, saldando as multas, na pressuposição de que o comprador não quererá assumi-las. Nisto se vê que a transmissibilidade não desmente função intimidatória, que é o próprio objetivo das infrações e sanções administrativas.

12. (e) *Princípio da proporcionalidade* – As sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a gravidade da infração.

Ainda que a aferição desta medida inúmeras vezes possa apresentar dificuldade em ser caracterizada, em inúmeras outras é perfei-

6. Entre os nossos monografistas sobre o tema de sanções e infrações administrativas, dois deles – Régis Fernandes de Oliveira (ob. cit., p. 8) e Daniel Ferreira (ob. cit., pp. 63-65) – consideram que a simples voluntariedade é suficiente, salvo disciplina legal que exija mais para as figuras que assim qualifique; ao passo que Fábio Medina Osório (ob. cit., pp. 312 e ss.) e Heraldo Garcia Vitta (ob. cit., pp. 41-44) entendem indispensável, ao menos, a culpabilidade.

tamente clara; ou seja: há casos em que se pode ter dúvida se tal ou qual gravame está devidamente correlacionado com a seriedade da infração – ainda que se possa notar que a dúvida nunca se proporá em uma escala muito ampla, mas em um campo de variação relativamente pequeno –, de par com outros casos em que não haverá dúvida alguma de que a sanção é proporcional ou é desproporcional. É impossível no Direito fugir-se a situações desta compostura, e outro recurso não há para enfrentar dificuldades desta ordem senão recorrendo ao *princípio da razoabilidade*, mesmo sabendo-se que também ele comporta alguma fluidez em sua verificação concreta. De todo modo, é certo que, flagrada a desproporcionalidade, a sanção é inválida.

Aliás, a Lei federal 9.784 de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º expressamente estabelece que a Administração se assujeita, dentre outros princípios, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim também, a Lei estadual paulista 10.177, de 30.12.1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, em seu art. 4º declara que esta atuará em obediência, entre outros princípios, ao princípio da razoabilidade. E a própria Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 111, o impõe expressamente.

No caso das sanções pecuniárias a falta de razoabilidade pode conduzir ao caráter confiscatório da multa, o que é, de per si, juridicamente inadmissível, como se sabe.

13. (f) *Princípio do devido processo legal* – O texto constitucional estabelece no art. 5º, LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Aliás, o inciso anterior dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Por força do primeiro dos incisos toda sanção administrativa terá que ser, sob pena de nulidade, precedida do devido processo legal, e também por força do segundo, nos casos em que a sanção seja a apreensão ou destruição de bens.

Esta exigência da Lei Maior erige algumas dificuldades práticas no caso de certas sanções, como, por exemplo, as de aplicação da multa de trânsito, e sugere – nisto, equivocadamente – que também haveria a mesma dificuldade relativamente a hipóteses como as de apreensão de equipamentos de caça ou pesca efetuada fora das exi-

gências legais, ou de alimentos comercializados em más condições de higiene, ou a destruição, por este mesmo motivo, de xícaras ou copos rachados encontrados pela Fiscalização em bares ou restaurantes populares.

Quanto às multas de trânsito, ter-se-á de entender que a lavratura do auto de infração por parte do agente de trânsito – e que, por razões óbvias, não tem como deixar de ser feita imediatamente e sem aturados rigorismos formalísticos – é apenas uma preliminar do lançamento da multa, o qual só se estratifica depois de ofertada a possibilidade de ampla defesa e se esta for desacolhida. Quanto às outras hipóteses não procederia a dúvida, pois não seriam sanções administrativas, mas providências acautelatórias, e, por isto mesmo, em face da urgência, desobrigadas de obediência a um processo preliminar.

Registre-se que a previsão de depósito prévio do valor de multa para recorrer na via administrativa é obviamente incompatível com o Texto Constitucional e ofende a inteireza do devido processo legal. Heraldo Garcia Vitta qualificou tal exigência como "descabida, írrita, insólita, uma vez que atinge o princípio da igualdade, pois apenas os mais abastados poderão recorrer às instâncias superiores do aparato administrativo".[7] O STF, entretanto, vinha decidindo em sentido contrário, isto é, conforme diretriz mais conveniente às pretensões do Poder Público. Sem embargo, decisões recentes em boa hora modificaram a desastrada orientação e corretamente reputaram inconstitucional dita exigência. Foram proferidas em 28.3.2007, sendo relator de duas delas o Min. Marco Aurélio (RE 388359-PE e 389383-SP) que havia sido vencido em outras vezes, e uma com relatoria do Min. Joaquim Barbosa, esta na ADI 1.976-7-DF, também julgada em 28.3.2007.

Anote-se, por fim, que a exigência do devido processo legal se incompatibiliza inteiramente com a aplicação de sanções com base na chamada "verdade sabida", que seria o conhecimento pessoal e direto da infração por parte de quem deva proceder à imposição da sanção, ou a notoriedade de determinado fato. Romeu Bacellar Filho, reportado, embora, ao processo administrativo disciplinar, mas em anotação cuja validade se espraia para qualquer modalidade de

7. Ob. cit., p. 106. O autor chama a atenção para o fato de que, consoante a abalizada lição de Sérgio Ferraz e Adílson Dallari (in *Processo Administrativo*, 3ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 275), o direito de petição em sistema constitucional que estabelece a garantia de recurso não se esgota na primeira instância.

processo administrativo, afirma, com inequívoca procedência, que: "Formou-se um consenso doutrinário acerca da inconstitucionalidade da verdade sabida. A Constituição de 1988 exige, incondicionalmente, o processo (procedimento em contraditório) para aplicação de sanção disciplinar de qualquer espécie e seja qual for o conjunto probatório que a Administração Pública disponha para tanto".[8] Observação do mesmo teor é feita por Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, os quais acostam jurisprudência ainda mais ampla que o autor precitado e invectivam com mais irrestrita dureza a *verdade sabida*, pois, ao contrário do primeiro, não a aceitam nem mesmo como capaz de dispensar sindicância que anteceda a um processo administrativo disciplinar.[9]

14. (g) *Princípio da motivação* – A Administração é obrigada a expor os fundamentos em que está embasada para aplicar a sanção. Tem, portanto, que apontar não só o dispositivo normativo no qual se considera incurso o sujeito indigitado, mas também, obviamente, o comportamento, comissivo ou omissivo, imputado e cuja ocorrência se subsome à figura infracional prevista na regra de Direito. Além disto, sempre que a norma haja previsto uma gradação nas sanções cabíveis, é imperativo que seja justificada a opção feita pela autoridade sancionadora. A omissão de qualquer destes requisitos causa a nulidade do apenamento.

VI. Providências acautelatórias

15. Cumpre discernir *sanções administrativas* de *providências administrativas acautelatórias*, que muitas vezes poderiam ser com elas facilmente confundidas. Importa – e muito – fazer tal disseptação porque, como não se submetem à integralidade dos aludidos princípios, se fossem confundidas com as sanções administrativas causariam a impressão de que não se poderia falar em um regime uniforme para estas últimas.

Providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar *de imediato* para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais

8. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, Max Limonad, 1998, p. 90.

9. *Processo Administrativo*, 3ª ed., Malheiros Editores, 2012, pp. 156-158.

infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de *paralisar* comportamentos de efeitos danosos ou de *abortar* a possibilidade de que se desencadeiem. Susana Lorenzo aparta as duas figuras com suma brevidade e clareza.[10]

Quase sempre tais providências *precedem sanções administrativas*, mas com elas não se confundem. Assim, *e.g.*, a provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja a se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções *depois de oferecida oportunidade de defesa* para os presumidos infratores.[11] Como se vê, em certos casos a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular, conforme dito.

VII. Classificações das sanções: sanções transmissíveis e sanções intransmissíveis

16. As sanções podem ser, como é óbvio, classificadas sob diferentes aspectos. Daniel Ferreira, em sua valiosa monografia sobre *Sanções Administrativas*, referindo-se ao que qualificou como "natureza" da restrição imposta, discerniu-as do seguinte aplausível modo: "(a) *sanções reais* – são as pecuniárias (multas) e as que, por sua natureza, gravam coisas, possuindo natureza real (por exemplo, as de perda de bens, interdição de estabelecimento e outras); (b) *sanções pessoais* – todas as demais, ou seja, as que atingem a 'pessoa' do sujeito passivo da sanção (infrator ou responsável), nelas se incluindo, por exemplo, as de prisão, suspensão de atividades etc.". Ressalta que o préstimo de tal classificação é apartar as sanções transmissíveis – ou seja, as que, não cumpridas pelo infrator, se transferem a terceiros, que são as da primeira tipologia – das intransmis-

10. *Sanciones Administrativas*, Júlio César Faira Editor, 1996, pp. 5-6.

11. A Lei de Processo do Estado de São Paulo – Lei 10.177, de 30.12.1998 – expressamente dispõe, no parágrafo único do art. 62, que: "No curso do procedimento ou, em caso de extrema urgência, antes dele, a Administração poderá adotar as medidas cautelares estritamente indispensáveis à eficácia do ato final".

síveis, vale dizer, as da segunda categoria.[12] Heraldo Garcia Vitta anota que as sanções pecuniárias são uma modalidade das sanções reais e que umas e outras, para serem transmissíveis, demandam lei formal que disponha em tal sentido.[13]

A aludida distinção, conquanto generalizada, a nosso ver é de escassa rentabilidade, pois, se é certo que as sanções pessoais não são transmissíveis, nem sempre as reais poderão sê-lo.

Pense-se no caso em que a Polícia recupere um automóvel que haja sido furtado ou roubado e, ao depois, abandonado em local de estacionamento proibido. Deverá o proprietário responder por tais multas decorrentes deste comportamento do ladrão ou por outras acaso resultantes de ultrapassagens de sinal vermelho durante a fuga, enquanto era perseguido pelos policiais? Embora a multa seja uma sanção real, nada obstante, qualquer pessoa intuirá imediatamente que seria um literal absurdo fazê-la incidir sobre a vítima do despojamento do veículo.

Para conciliar o que dantes foi dito sobre o que anima a instituição de infrações administrativas e sobre a razão de existir das sanções, com a reconhecida possibilidade de sanções pecuniárias serem aplicadas a um sujeito distinto do infrator, não se deve buscar apoio no discrímen entre sanções pessoais e reais, conquanto seja certo que tal transmissibilidade jamais poderia existir no caso das sanções pessoais.

Outro haverá de ser o critério para definir as hipóteses em que a lei poderá prever transmissibilidade.

17. O que cumpre verificar é se existe ou não, por parte de alguém diverso do infrator, e a ser qualificado como "responsável", a possibilidade de lhe controlar a conduta ou, quando impossível tal controle, se este terceiro dispõe de meios para constranger o infrator a suportar a sanção pecuniária.

São, pois, fundamentalmente, duas as hipóteses em que se pode admitir a transmissibilidade das multas e, pois, o surgimento da figura do responsável.

Uma hipótese é aquela em que o sujeito a ser configurado como responsável dispõe de controle sobre o infrator, e precisamente por não havê-lo exercido de modo satisfatório é que foi possível a práti-

12. *Sanções Administrativas*, Malheiros Editores, 2001, p. 46.
13. Ob. cit., p. 124.

ca da infração. É o caso da responsabilidade do pai pelas multas de trânsito decorrentes de infrações do filho menor.

Outra hipótese é aquela em que o sujeito qualificável como responsável dispõe de meios para constranger o infrator a se submeter ao pagamento da multa. É o caso daquele que, pretendendo adquirir um veículo, exige, para conclusão do negócio, que o vendedor salde as multas oriundas das infrações de trânsito ou que, por via de abatimento no preço, lhe propicie a diferença suficiente para que ele próprio efetue tal pagamento.

Vê-se que em ambas as situações a transmissibilidade da sanção não a desnatura, pois a ameaça, a intimidação, prevista na composição íntegra da figura infracional mantém constantemente sua presença e se, a despeito dela, a infração for praticada, ao ser desencadeada a sanção, ela continua operante para prevenir a reincidência e para cumprir a exemplaridade social, visto que, já agora, ou o responsável sofre a sanção, por não ter sido diligente, ou tem meios para constranger o devedor a suportá-la.

Dessarte, de modo algum se poderá dizer que a sanção terá caído sobre o responsável como uma fatalidade, como evento insuscetível de ser esquivado, pois apenas perante a inevitabilidade dela é que a transmissibilidade a outrem frustraria a finalidade que lhe serve de suporte lógico e jurídico.

Com efeito, nas situações figuradas, ou o responsável haverá tido, por incúria, participação no evento infracional – caso em que é perfeitamente razoável que arque com a sanção – ou, diversamente, como não praticou infração alguma e não teria como impedi-la, não será onerado por sanção alguma, desde que concorra para que o gravame se abata sobre o infrator, cumprindo-se, dessarte, integralmente, a finalidade repressiva e preventiva da sanção, bem como sua exemplaridade social.

É por este modo que se demonstra quais os casos em que a transmissibilidade de multas oriundas de sanção administrativa é admissível, já que *neles isto não fere os fundamentos lógicos e jurídicos em que se assenta o Estado quando delineia certos comportamentos como infrações administrativas*: almejar desestimular condutas indesejáveis e induzir a condutas pretendidas, valendo-se, para tanto, da ameaça de sanções que, dessarte, cumprirão a função de reprimir e prevenir reincidência. Fora deles, todavia, qualquer pretensão normativa de inculcar a algum sujeito que não o infrator o dever de responder por infração administrativa e suportar a corres-

pondente sanção seria, além de injusta e injurídica, ilógica, dada a absoluta ineficácia da providência para que sejam cumpridas as finalidades que sustentam o instituto da sanção, quer do ponto de vista racional, quer do ponto de vista do Direito. Seria, em suma, um ato irracional, estúpido.

VIII. Multas

18. Por serem a modalidade sancionadora mais comum, as *multas* merecem referência especial. Todas as sanções – e, portanto, também as multas – cumprem uma função intimidadora e exemplar; mas, entre elas, podem ser discernidas (a) as que se limitam a cumprir esta finalidade; as que, (b) além disto, visam a ressarcir a Administração de algum prejuízo que a ação ou inação do administrado lhe causou – são as multas ressarcitórias, reparatórias ou compensatórias –, bem como aqueloutras (c) de caráter cominatório, que, visando a compelir o administrado a uma atuação positiva, se renovam automática e continuadamente até a satisfação da pretensão administrativa. São o que no Direito Francês se denomina *astreinte*, e seu mecanismo é o equivalente das imposições cominatórias feitas em juízo.

Tal como as demais sanções administrativas, as multas têm que atender ao princípio da proporcionalidade, sem o quê serão inválidas. Além disto, por muito grave que haja sido a infração, as multas não podem ser "confiscatórias", isto é, de valor tão elevado que acabem por compor um verdadeiro confisco. Nisto há prazível concórdia tanto na doutrina como na jurisprudência.

Não há razão alguma para que este entendimento pacífico fique limitado às multas impostas para desestimular comportamentos vedados e deixe de ser igualmente aplicável às que se destinam a constranger o administrado a um comportamento positivo – isto é, as sanções de caráter cominatório; até porque nesta hipótese é muito maior a interferência na liberdade individual. Se inexistir um paradeiro para elas, bem se vê que a Administração adquiriria um poder literalmente gigantesco, tornando-a capaz de subjugar inteiramente o administrado, de tal sorte que este não teria alternativa senão curvar-se ao que o Poder Público lhe impusesse toda vez que lhe fosse atribuída a possibilidade de impor multas diárias. Donde, parece-nos correto concluir que as multas cominatórias cessam a partir do ponto em que atinjam um patamar confiscatório. Devem cessar, igualmente,

desde o instante em que o administrado ingresse em juízo para contestar a pretensão administrativa resistida ou a própria multa, em qualquer de seus aspectos. Deveras, a ser de outra sorte, as próprias delongas do processo acarretariam um contínuo incremento do débito, cerceando por tal meio o exercício do direito de postular judicialmente, como prevê o art. 5º, XXXV, da Constituição, sempre que alguém se considere afrontado em sua esfera legítima de liberdade ou ameaçado de sê-lo.

IX. Dever de sancionar

19. Registre-se, por último, que, uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato. A doutrina brasileira, mesmo em obras gerais, costuma enfatizar tal fato em relação ao dever disciplinar, invocando o art. 320 do Código Penal, que tipifica a figura da condescendência criminosa,[14] mas o dever de sancionar tanto existe em relação às infrações internas quanto em relação às externas.

Ressalvem-se apenas as hipóteses em que deva operar o chamado "princípio da insignificância", como registrou Heraldo Garcia Vitta, lembrando a hipótese de funcionário deixar de fazer constar em dado ato a data em que foi praticado, sem que disto advenha consequência danosa para quem quer que seja, mas que em tese teria incorrido na regra que censura a conduta do funcionário que "realizar ato administrativo sem observância das formalidades legais". O autor invoca em seu apoio Sérgio Ferraz e Adílson Dallari, que referem as "ações de bagatela", em que se esteja perante situações de irrelevância, com lesividade ínfima, desprezível.[15]

14. Assim, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 554; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Forense, 1999, p. 232; Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 5ª ed., Saraiva, 2000, p. 204.

15. Heraldo Garcia Vitta, ob. cit., pp. 58-59. Registra o autor que os juristas colacionados mencionam a decisão do STJ no REsp 235-188-PR, que excluiu, *in casu*, o tipo infracional.

Capítulo XVI

DESAPROPRIAÇÃO

I. Conceito. II. Fundamentos da desapropriação. III. Desapropriação: forma originária de aquisição da propriedade. IV. Requisitos da desapropriação. V. Competência para legislar sobre desapropriação; competência para desapropriar e competência para promover desapropriação. VI. Objeto da desapropriação. VII. Beneficiários da desapropriação. VIII. Fases do procedimento expropriatório. IX. A declaração de utilidade pública. X. A imissão provisória de posse. XI. A justa indenização. Juros. Correção monetária. Outras despesas. Honorários de advogados. XII. Momento em que se consuma a desapropriação. XIII. Desapropriação por zona. XIV. Desapropriação indireta. XV. Extensão do controle jurisdicional na ação de desapropriação. XVI. Retrocessão e direito de preferência violado. XVII. Requisição. XVIII. Servidão administrativa. XIX. Tombamento.

I. Conceito

1. Do ponto de vista teórico, pode-se dizer que desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público. Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado.

À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o[1] para si,[2] em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos

1. TFR, *RDA* 44/288.
2. TFR, *RDA* 89/148, e STF, *RDP* 2/208.

da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.

2. Há, pois, dois tipos de desapropriação no Direito brasileiro. Em um deles a indenização é prévia, justa e em dinheiro, conforme tradição de nosso Direito. Está previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição como sendo o regime indenizatório corrente, normal. O outro é o que se efetua através de pagamento em títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas. A indenização também deve ser justa, mas já se vê que não é prévia, ainda que a Constituição assim a qualifique. Concerne apenas a duas hipóteses:

a) Na desapropriação efetuável em nome da política urbana – logo, de competência apenas do Município –, conforme condições estatuídas no art. 182 da Lei Magna, especialmente § 4º, III.

Incide apenas sobre imóveis sitos em área – inclusa no plano diretor de desenvolvimento urbano do Município – para a qual haja lei *municipal* específica autorizando exigir dos proprietários, *nos termos da Lei federal* 10.257, de 10.7.2001, autodenominada "Estatuto da Cidade", que lhes promovam adequada utilização. Se persistirem em não fazê-lo, é cabível tal desapropriação por títulos. Entretanto, só terá lugar depois de adotadas, infrutiferamente e nesta ordem, as seguintes medidas: (I) imposição de parcelamento do solo ou edificação compulsória e (II) tributação do imposto territorial ou predial progressivo no tempo.

Os títulos da dívida pública para pagá-la devem ter sua emissão previamente aprovada pelo Senado Federal e o prazo de resgate para o expropriado será de até 10 anos, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Percebe-se que será muito difícil que ocorra hipótese ensejadora desta desapropriação, pois não é de crer que o proprietário, alertado pelas medidas prévias que têm de antecedê-la, ainda assim se mantenha inerte. De resto, tal desapropriação paga com títulos só é permitida depois de cinco anos de infrutífera aplicação da tributação progressiva (art. 8º do "Estatuto da Cidade").[3]

3. Esta, de seu turno, também só pode ser imposta se o proprietário notificado pelo Poder Municipal a, conforme o caso, parcelar ou edificar, não o fizer nos prazos estabelecidos na legislação municipal. Ditos prazos não poderão ser inferiores a um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente e dois anos a partir da aprovação do projeto para iniciar as obras ou empreendimento (art. 5º e parágrafos do referido Estatuto). Note-se que a tributação progressiva (art. 7º e parágrafos), em tese já é suficiente para compelir o proprietário

b) Na desapropriação realizável para fins de reforma agrária, nos termos do art. 184 e atendidas as disposições dos arts. 185 e 186. Só a União é competente para realizá-la e só incidirá sobre imóveis *que não estejam cumprindo sua função social*, como o diz a Lei Maior. Logo, o que importa é que *no momento em que se faça tal inspeção* estejam incursos em tal falha, nada interessando se em data anterior a isto incorriam no indigitado vício. Portanto, não atinge aqueles que, na conformidade do art. 186, consideram-se, na sobredita ocasião, ajustados à função social por atenderem, simultaneamente, de acordo com critérios e graus estabelecidos em lei, aos requisitos de: "I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

3. Além disto, pela previsão do art. 185, não são suscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária nem (I) a pequena e a média propriedades rurais, assim definidas em lei e desde que seu proprietário não possua outra, nem (II) a propriedade produtiva. Por força disto, é forçoso concluir que poderá haver propriedade *descumpridora de sua função social*, mas livre *desta modalidade expropriatória*, por ser produtiva ou por se qualificar como média ou pequena, se seu proprietário não tiver outra.

Em síntese: são desapropriáveis para fins de reforma agrária mediante pagamento em títulos apenas os *latifúndios improdutivos e as propriedades improdutivas, mesmo que não configurem latifúndio, quando seu proprietário possuir mais de uma*. Suas benfeitorias úteis e necessárias, entretanto, serão pagas em dinheiro.

a fazer uso adequado do imóvel, porquanto a progressividade se fará ano a ano, ao longo de cinco anos, de acordo com alíquota fixada em lei municipal específica para a área incluída no plano diretor. É verdade que não poderá exceder a duas vezes o valor referente ao ano anterior e terá de respeitar a alíquota máxima de 15% (quinze por cento). Mesmo com estes limites, em cinco anos o proprietário já terá sido pesadamente onerado e poderá, ainda, ao invés de ser desapropriado, continuar a sofrer, nos anos seguintes, a cobrança pela alíquota máxima. É bem de ver que, em pouco tempo, já terá pago o equivalente ao valor do imóvel. É claro que para esquivar-se a tais ônus, e ao risco da desapropriação por títulos, poderá também alienar o imóvel, mas terá de fazê-lo prontamente e para quem esteja disposto a lhe dar imediato destino, conforme ao exigido, pois a alienação do bem, após a notificação, transfere para o adquirente as mesmas obrigações, sem interrupção de qualquer prazo (art. 6º). O fato é que, como dito, com estas medidas, obrigatoriamente antecedentes da desapropriação urbana por títulos, a probabilidade de sua ocorrência é muito pequena.

Clóvis Beznos corretamente anota que "a desapropriação em questão, ao contrário do disposto tradicionalmente em nosso ordenamento, aparece como penalidade".[4]

Sem embargo de tudo quanto se vem de dizer, cumpre acrescentar que por força do art. 243 da Constituição, com a nova redação dada pela EC 81/2014, foi instituído um confisco (aliás elogiável), conquanto denominado de desapropriação, nos seguintes termos: "As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º". Seu parágrafo único assim dispõe: "Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei".

A Lei 8.629, de 25.2.1993, regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. Nela define-se o que se considerará "pequena propriedade" e "média propriedade", com base exclusivamente no valor estimado em módulos fiscais (art. 4º). Estatui-se o que há de ser entendido como "propriedade produtiva", noção, esta, dependente tanto do grau de aproveitamento da terra – igual ou superior a uma relação porcentual de 80% entre a área efetivamente utilizável e a área aproveitável total – quanto da eficiência em sua exploração, que terá de ser de 100%, pelo menos. O art. 10 arrola as áreas que o proprietário não tem como utilizar e que, pois, hão de ser havidas como inaproveitáveis. A eficiência na exploração avalia-se em função de índices de rendimento, no que atina a produtos vegetais, e, no que concerne à pecuária, da relação entre o número de animais do rebanho e o índice de lotação para exploração pecuária, uns e outro estabelecidos pelo órgão competente para cada "microrregião homogênea" (art. 6º e parágrafos). Os índices e parâmetros que conformam o conceito de produtividade serão periodicamente ajustados (art. 11). Objetivando conferir maior precisão aos conceitos referidos nos incisos I a IV do art. 186 da Constituição, a lei os define no art. 9º, §§ 1º a 5º.

4. *Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação*, Belo Horizonte, Forum, 2007, p. 115.

Faculdade 7 de Setembro FA7 Fortaleza Ceará

Cumpre ressaltar que, nos termos do § 4º do art. 2º, não será considerada, para os fins da lei, qualquer modificação quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º. Este § 4º foi introduzido pela inconstitucional MP 1.577, de 11.7.1997 (hoje, 2.183-56, de 24.8.2001), pois não é possível impedir alteração que vise a tornar produtivo o bem. Afinal, o objetivo é tornar produtivo o bem ou é desapropriar? É bem de ver, então, que tal regra, além do mais, não poderá ser aplicada sem se tomar por base, *também, a efetiva inspeção averiguadora* a que aludem os dispositivos mencionados, *e não meramente a partir da comunicação de que será feita*, sob pena de brigar com os termos do art. 185 da Constituição, consoante acima se anotou. Isto porque, se na data da inspeção a propriedade for produtiva, não poderá ser desapropriada no regime do art. 185.

4. A indenização devida ao expropriado a teor do art. 184 da Constituição terá de ser justa e prévia. Entende-se como justa, segundo caracterização feita no art. 12 da Lei 8.629 (com a redação dada por inconstitucional medida provisória, que hoje é a precitada MP 2.183-56/2001), aquela que "reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos: I – localização do imóvel; II – aptidão agrícola; III – dimensão do imóvel; IV – área ocupada e ancianidade das posses; V – funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias".

Dita indenização, como está constitucionalmente estabelecido no mesmo art. 184, far-se-á mediante títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, *com ressalva das benfeitorias necessárias e úteis, que serão indenizadas em dinheiro*. Vale dizer, o pagamento em títulos é cabível apenas para a terra nua e para as benfeitorias voluptuárias.

De acordo com o art. 5º, § 3º, da Lei 8.629, o tempo de resgate de tais títulos varia crescentemente em função da área do imóvel, de sorte que o prazo máximo de 20 anos aplicar-se-ia tão só aos que tivessem área superior a 150 módulos fiscais.

Efetuada a desapropriação, o órgão expropriante disporá de 3 anos, a partir do registro do título translativo de domínio, para desti-

nar a área aos beneficiários da reforma agrária (art. 16 da lei), o que será feito pela outorga de títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis por 10 anos (arts. 189 da Constituição Federal e 18 da lei), na conformidade de uma ordem de preferência estabelecida no art. 19 da lei. Não podem ser beneficiários (art. 20) nem os que já o tenham sido alguma vez, nem os proprietários rurais, ressalvadas certas exceções constantes do próprio artigo, nem os que exerçam função pública, autárquica ou em órgão paraestatal, ou que se acham investidos em função parafiscal. Nos instrumentos de outorga os beneficiários terão de se comprometer a cultivar o imóvel direta e pessoalmente ou através de seu núcleo familiar e não ceder-lhe o uso a terceiros, seja a que título for, por um prazo de 10 anos (art. 21). O descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas implicará retorno do imóvel ao órgão alienante ou concedente (art. 22).

5. Em obediência ao previsto no § 3º do art. 184 da Constituição foi editada a Lei Complementar 76, de 6.7.1993, hoje com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 88, de 23.12.1996, dispondo sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. De acordo com ela, a desapropriação deverá ser proposta dentro de dois anos contados da publicação do decreto expropriatório (art. 3º), o qual deverá instruir a petição inicial, juntamente com certidões atualizadas de domínio e de ônus real do imóvel, documento cadastral dele e laudo de vistoria e avaliação administrativa, com descrição do imóvel, especificação das benfeitorias, culturas, pastos, cobertura florestal e semoventes, discriminação dos valores da terra nua e benfeitorias e comprovante de lançamento dos títulos da dívida agrária correspondentes ao valor ofertado para pagamento da terra nua (art. 5º). No máximo em 48 horas, o juiz autorizará o depósito correspondente ao preço oferecido e, uma vez efetuado, mandará, também em 48 horas no máximo, imitir o autor na posse do imóvel (art. 6º). A contestação da ação, oferecível em 15 dias, não poderá apreciar o interesse social declarado (art. 9º). Se for o caso, o juiz determinará a realização de prova pericial, que será concluída em tempo não superior a 60 dias, contados do compromisso do perito (§§ 1º e 2º). Havendo acordo sobre o preço, este será homologado judicialmente; caso contrário, o juiz proferirá sentença motivada na audiência de julgamento ou nos 30 dias subsequentes (arts. 10 e 12). No julgamento dos recursos não haverá revisor (art. 13, § 2º).

Registre-se, a final, que a referida proibição de questionar o interesse social da desapropriação em causa não pode ser tomada ao pé da letra, pena de ser inconstitucional. É que, se for objetivamente demonstrável a inocorrência de qualquer interesse social que a justifique, evidenciar-se-á carência do fundamento no qual teria de embasar-se para ser válida.

Feitas estas observações, que apontam as especificidades destas desapropriações indenizáveis em títulos da dívida pública, pode-se passar ao exame do tema da desapropriação em suas feições gerais.

II. Fundamentos da desapropriação

6. O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis.

O fundamento jurídico teórico consiste na tradução dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema.

Corresponde à ideia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território.

O fundamento normativo constitucional encontra-se nos arts. 5º, XXIV, 182, § 4º, III, e 184 e parágrafos do Texto Magno brasileiro.

O fundamento infraconstitucional reside nas diferentes leis e decretos-leis que disciplinam a matéria. Merecem especial realce o Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941, com as alterações posteriores, a Lei 4.132, de 10.9.1962, e o Decreto-lei 1.075, de 22.1.1970.

O primeiro dos textos citados é a lei básica sobre desapropriação, cogitando, entretanto, especialmente da desapropriação por necessidade e utilidade pública. O segundo trata da desapropriação por interesse social; e o terceiro dispõe sobre a imissão de posse *initio litis* em imóveis residenciais urbanos habitados pelo proprietário ou por compromissário comprador que tenha compromisso registrado.

Registre-se que a desapropriação por utilidade pública para execução de obras no Polígono das Secas tem regime especial, previsto na Lei 3.833, de 8.12.1960, para fins de tornar expedito o pagamento da indenização.

III. Desapropriação: forma originária de aquisição da propriedade

7. Diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a *causa* que atribui a propriedade a alguém não se vincula a qualquer

título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante, por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade.

Dizer-se que a desapropriação é forma originária de aquisição de propriedade significa que ela é, por si mesma, suficiente para instaurar a propriedade em favor do Poder Público, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do anterior proprietário. É a só vontade do Poder Público e o pagamento do preço que constituem propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado.

8. Do caráter originário de aquisição da propriedade na desapropriação decorrem importantes consequências.

A primeira e mais saliente delas é que, se o Poder Público desapropriar um bem e indenizar, erroneamente, a quem não for seu legítimo proprietário, nem por isso se invalida a expropriação e se obriga a realização de novo processo expropriatório. A propriedade estará, de qualquer forma, adquirida pelo Poder Público.

Se a forma de aquisição fora derivada – o que não é –, o ato aquisitivo não produziria o efeito a que estava preordenado, visto que o sujeito passivo da expropriação não possuiria título capaz de validar o título de propriedade subsequente. É sabido que *nemo transferre potest plus quam habet.*

Além disto, por ser forma originária de aquisição de propriedade, uma vez efetuada a desapropriação, os ônus reais que incidam sobre o imóvel extinguem-se desde logo. O Poder Público adquire o bem limpo, livre de quaisquer gravames reais que sobre ele pudessem pesar.

9. Os terceiros titulares de *direitos reais* de garantia sobre o bem desapropriado têm seus direitos sub-rogados no preço, isto é, passam a estar garantidos pelo valor pago a título de indenização na desapropriação. Os terceiros titulares de *direitos obrigacionais* relacionados com o bem expropriado só poderão encontrar satisfação para suas pretensões jurídicas através de ação direta, e não na ação expropriatória.[5]

5. Há um caso, excepcionalíssimo, em que o Poder Público desapropria um bem e ninguém o adquire. Seria a hipótese de expropriar o *direito de construir não concretizado*, mas arrimado em licença ainda válida, obtida na conformidade da legislação anterior *e que habilitaria seu titular* a edificar segundo os termos urbanísticos e edilícios dantes vigentes. Se neste interregno for mudada a legislação, reduzindo as

Com efeito, o art. 31 do Decreto-lei 3.365 estabelece que ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos reais que recaiam sobre o bem expropriado.

Quanto aos direitos obrigacionais ou pessoais, só poderão ser atendidos através de ação direta, tal como se disse, por força do art. 26 do mesmo Decreto-lei 3.365, segundo o qual no valor da indenização não se incluirão direitos de terceiro contra o expropriado; entenda-se: direitos obrigacionais de terceiros, porquanto os direitos reais encontram-se protegidos na forma do retrocitado art. 31.

IV. Requisitos da desapropriação

10. Os requisitos ou condições que *autorizam* a desapropriação são os previstos no art. 5º, XXIV, do Texto Constitucional, ou seja: *necessidade pública*, *utilidade pública* ou *interesse social*, pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro, no caso da desapropriação comum, prevista no citado art. 5º, XXIV, da Constituição, e em títulos especiais da dívida pública, quando se tratar de desapropriação para política urbana ou para reforma agrária, nos termos e condições dos arts. 182 e 184 e ss., respectivamente.[6]

A definição das hipóteses em que se reputa existente necessidade pública, utilidade pública ou interesse social cabe a normas infraconstitucionais.

11. As hipóteses legais de desapropriação são taxativas porque o art. 5º do Decreto-lei 3.365, ao enunciar os casos que embasam a desapropriação, na letra "p", indica: "os demais casos previstos por

possibilidades construtivas ou a amplitude do benefício econômico precedentemente captável, se o Poder Público entender nociva a concretização da edificação nas condições precedentes, a solução será *desapropriar o direito de edificar nos termos anteriores*, de modo a que somente poderia vir a efetivar-se à luz do novo regime. Em tal caso, o expropriante, obviamente, não adquire o direito que foi suprimido. Ressalte-se que a legislação paulistana estabelece que somente após o início das fundações é que se concretiza o direito de edificar na conformidade de licença deferida. Iniciadas estas, todavia, a solução será a indicada.

6. Caso se fosse seguir à letra o que consta do art. 243 da Constituição e da Lei 8.257, de 26.11.1991, existiria um caso em que a desapropriação seria *obrigatória*: o das glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Embora os textos referidos falem em "desapropriação", dizem, também, que se fará sem qualquer indenização ao proprietário. Bem por isto, tecnicamente não é "desapropriação", mas corresponde ao que a própria Constituição denominou de "perdimento de bens", no inciso XV do art. 5º: ou seja, confisco de bens utilizados para a prática de crime.

leis especiais". Logo, só se pode desapropriar fundado nas hipóteses previstas em lei, isto é, nas consideradas expressamente no Decreto-lei 3.365 ou em demais leis que regem a matéria.

12. Os casos de necessidade e utilidade pública capitulados no art. 590, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916 – e que, aliás, não têm correspondentes no novo Código, isto é, na Lei 10.406, de 10.1.2002 – foram absorvidos todos, sob a designação de utilidade pública, pelo art. 5º do Decreto-lei 3.365.

De acordo com ele, são hipóteses de desapropriação por utilidade pública, entre outras: a segurança nacional; a salubridade pública; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde; a exploração ou conservação de serviços públicos; a abertura, conservação ou melhoramento de vias ou logradouros públicos; a reedição ou divulgação de obras ou invento de natureza científica, artística ou literária; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos etc.

13. São hipóteses de desapropriação por interesse social, consoante dispõe o art. 2º da Lei 4.132, entre outras: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve servir ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, a construção de casas populares, a proteção do solo e a proteção de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

14. As diferenças entre desapropriação por utilidade pública e desapropriação por interesse social são as seguintes.

Na desapropriação por utilidade pública as hipóteses legais que autorizam o exercício do poder expropriatório, como visto, são diferentes daquelas previstas na desapropriação por interesse social. Além disso, o prazo de caducidade da declaração de utilidade pública para desapropriação realizada com fundamento em necessidade ou utilidade pública é de cinco anos e o prazo de caducidade da declaração de interesse social, com fins de desapropriação, é de dois anos.

Finalmente, se é pacífico que União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem desapropriar por necessidade pública (e utilidade), discute-se se a desapropriação por interesse

social é privativa da União ou repartida com as demais pessoas citadas.

Há divergência na matéria. O correto, todavia, é entender que quaisquer das pessoas referidas podem desapropriar sob os três fundamentos. Com efeito, a Lei 4.132, que disciplina a desapropriação por interesse social, é omissa quanto a isto, mas ela mesma estabelece, em seu art. 5º, que, no que for omissa, aplica-se o Decreto-lei 3.365, o qual confere tal poder indistintamente à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.[7]

É certo, contudo, que na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, *com base no art. 184*, unicamente a União é competente, consoante estabelece o artigo citado na Carta Magna.

V. Competência para legislar sobre desapropriação; competência para desapropriar e competência para promover desapropriação

15. É competente para legislar sobre desapropriação unicamente a União, com base no art. 22, II, da Carta Constitucional brasileira (TJDF, *RDA 39/208*).

16. Competentes para submeterem um bem à força expropriatória, isto é, *competentes para declararem a utilidade pública ou o interesse social* de um bem para fins de desapropriação, são a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Além disto, excepcionalmente, também pode fazê-lo a Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL (nos termos indicados no n. 25). Igual poder, tendo em vista objetivos rodoviários, teve o DNER, no passado, por força do Decreto-lei 512, de 21.3.1969. Esta autarquia, entretanto, veio a ser extinta, sem que se haja outorgado o mesmo poder a outro órgão ou entidade federal de atuação neste mesmo setor.[8] Logo, só estas pessoas indicadas são competentes para desapropriar, propriamente.

7. Nem sempre o expropriante adquire o bem para si. Pode fazê-lo em prol de entidade autárquica, de entidade da Administração indireta prestadora de serviço público ou para concessionária de serviço público.

8. A inconstitucional MP 2.201, de 28.6.2001, que alterou a Lei 10.233, de 5.6.2001 (atual MP 2.217-3, de 4.9.2001), criadora da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e

17. Podem promover a desapropriação, isto é, efetivar a desapropriação, ou seja, praticar os atos concretos para efetuá-la (depois de existente uma declaração de utilidade pública expedida pelos que têm poder para submeter um bem à força expropriatória), além da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, as autarquias, os estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam funções delegadas do Poder Público e os concessionários de serviço, quando autorizados por lei ou contrato.[9]

É o que dispõe o art. 3º do Decreto-lei 3.365. A Lei 11.107, de 6.4.2005, expressamente menciona em seu art. 2º, § 1º, inciso II, que os consórcios de direito público poderão promovê-la.

VI. Objeto da desapropriação

18. Pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado. Portanto, também se desapropriam direitos em geral. Contudo, não são desapropriáveis direitos personalíssimos, tais o de liberdade, o direito à honra etc. Efetivamente, estes não se definem por um conteúdo patrimonial, antes se apresentam como verdadeiras projeções da personalidade do indivíduo ou consistem em expressões de um seu *status* jurídico, como o pátrio poder e a cidadania, por exemplo.

Também não se desapropria o dinheiro, moeda corrente do país, por ser este o próprio meio de pagamento do bem expropriado. Todavia, dinheiro estrangeiro ou moedas raras podem ser desapropriados.

Igualmente não são desapropriáveis pessoas, mas apenas os bens ou direitos acionários relativos a elas, porque desapropriar significa tirar a propriedade, isto é, despojar de um *objeto* jurídico, e em Direito as pessoas são sujeitos e não objetos. Daí que, ao contrário do que erroneamente se supõe, não se desapropriam empresas, sociedades, fundações, concessionários de serviço público, mas tão só os bens que tais entidades possuam ou os *direitos* representativos do capital delas. As pessoas não se extinguem por via da desapropriação.

19. Bens públicos podem ser desapropriados, nas seguintes condições e forma: a União poderá desapropriar bens dos Estados, Mu-

do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), em seu art. 102-A determinou a extinção do DNER, tão logo instaladas as autarquias e departamento referidos.

9. STF, *RDA* 48/226, e TJSP, *RDA* 18/80.

nicípios e Territórios; os Estados e Territórios poderão expropriar bens de Municípios (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/1941). Já, as recíprocas não são verdadeiras. Sobremais, há necessidade de autorização *legislativa* do poder expropriante para que se realizem tais desapropriações.

Além disso, Municípios não podem desapropriar bens das autarquias federais e dos Estados e estes não desapropriam bens das autarquias da União, pois não teria sentido que tais entidades administrativas, tendo sido criadas como pessoas públicas, havidas como meio eficiente de realização de propósitos desta ordem, ficassem ao desabrigo da norma protetora. Seria inaceitável que União e Estados, ao adotarem processos reputados mais eficientes de atuação, fossem onerados exatamente por isto, ao criarem entidades que coparticipam de suas naturezas no aspecto administrativo.

20. Outrossim, consoante dispõe o art. 2º, § 3º, do Decreto-lei 3.365, Municípios, Distrito Federal, Territórios e Estados não podem sem prévia autorização, expedida por decreto do Presidente da República, expropriar ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização.[10]

Este dispositivo, de um lado, fortifica a inteligência que indicamos para o caso das autarquias e, de outro lado, protege, nos limites indicados pelo artigo referido, concessionários de serviços públicos federais, sociedades de economia mista e empresas públicas da União, bem como quaisquer outras pessoas por ela autorizadas ou sujeitas à sua fiscalização.

VII. Beneficiários da desapropriação

21. Em princípio, as desapropriações se fazem em favor das pessoas de Direito Público, ou de pessoas de Direito Privado delegadas ou concessionárias de serviço público.[11] Cabe, ainda, em caráter excepcional, desapropriar em favor de pessoa de Direito Privado que não reúna tais caracteres, mas que desempenhe atividade considerada de interesse público.[12]

10. STF, *RDA* 75/198.
11. TASP, *RDA* 58/230 e 93/193.
12. STF, *RDA* 77/238.

22. O STF já reconheceu como válida desapropriação efetuada em favor da Fundação Getúlio Vargas[13] e negou pedido de retrocessão relativo a parte de bem expropriado e não utilizado para o fim por que o foi, mas destinado à construção de hospital infantil e doação à Fundação da Casa Popular.[14] É certo, no entanto, que não se desapropria em favor de interesse privado.

Em suma: o necessário é que a desapropriação seja feita em favor de um interesse público.

VIII. Fases do procedimento expropriatório

23. O procedimento expropriatório divide-se em duas fases: a) fase declaratória – consubstanciada na declaração de utilidade pública; b) fase executória – correspondente às providências concretas para efetivar a manifestação de vontade consubstanciada na declaração de utilidade pública.

24. Esta segunda fase pode ser extrajudicial ou judicial.

a) Extrajudicial, quando o poder expropriante e o expropriado acordam com relação ao preço e pode, por isso, concretizar-se a aquisição compulsória mediante acordo no que respeita à indenização, operando-se, então, sem intervenção do Poder Judiciário.

b) A desapropriação judicial tem lugar quando o expropriante ingressa em juízo com a propositura da ação expropriatória. Neste caso, a manifestação judicial poderá ser, ainda, de dois tipos: 1) homologatória, quando o proprietário do bem aceita, em juízo, a oferta feita pelo expropriante; aí, o juiz apenas homologa o acordo judicial; 2) contenciosa, quando o proprietário e o expropriante não acordam em relação ao preço, que terá que ser fixado pelo juiz, após arbitramento.

IX. A declaração de utilidade pública

25. Declaração de utilidade pública é o ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória.

13. *RDA* supracitada.
14. *RDP* 2/213.

Podem expedi-la as seguintes entidades: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Além deles, este poder, conforme o art. 10 da Lei 9.074, de 7.7.1995, com a redação dada pela Lei 9.648, de 27.5.1998, também foi atribuído à Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL, no que concerne às áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de serviços de energia elétrica. Note-se, todavia, que nem sempre serviços de energia elétrica autorizados são de interesse público, podendo sê-lo no interesse exclusivo do autorizado, como ocorre no caso do art. 7º, I e II, da Lei 9.074 ("implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor e aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000kW e igual ou inferior a 10.000kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor"). Ora, como dantes se disse (n. 22), desapropriação só se faz em favor de um interesse público. Segue-se que não pode haver desapropriação no interesse exclusivo de "autorizados". Outrossim, o DNER havia sido, igualmente, investido deste excepcional poder pelo Decreto-lei 512, de 21.3.1969. Entretanto, o art. 102-A da Lei 10.233, de 5.6.2001, que criou a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), incluído pela inconstitucional MP 2.217-3, de 4.9.2001, previu a extinção do DNER a partir da instalação da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e da ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), sem que equivalente atribuição haja sido conferida à qualquer delas.

26. No Brasil são Poderes competentes para manifestar a declaração de utilidade pública tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo, cf. arts. 6º e 8º do Decreto-lei 3.365/1941. Em qualquer caso, contudo, o ato é de natureza administrativa.[15]

Quando expedida a declaração pelo Legislativo, competente para tanto é, evidentemente, o órgão legislativo; quando expedida pelo Executivo, competentes para manifestá-la são os chefes deste Poder, isto é, Presidente, Governadores e Prefeitos.

Deverão fazê-lo através de decreto, o qual é ato típico de tais autoridades e lhes serve de veículo para manifestar diferentes atos relativos às suas mais elevadas atribuições.

27. Da declaração de utilidade pública devem constar: a) manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriató-

15. TASP, *RDA* 47/191, 76/209, 100/128 e 101/202.

ria; b) fundamento legal em que se embasa o poder expropriante; c) destinação específica a ser dada ao bem; d) identificação do bem a ser expropriado.

28. São efeitos da declaração de utilidade pública: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração.

29. Como a simples declaração de utilidade pública não tem o condão de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado, o proprietário do bem pode usar, gozar e dispor dele.

Em razão disto, a Administração não pode negar alvará de licença para edificação no imóvel, desde que o postulante preencha os pressupostos legais da sua expedição.[16] Entretanto, a Administração não será obrigada a indenizar o valor da edificação realizada no imóvel depois da declaração de utilidade pública.

É o que dispõe a Súmula 23 do STF, vazada nos seguintes termos: "Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada".

30. Depois de declarada a utilidade pública de um bem pode suceder que nele se realizem benfeitorias.

As benfeitorias necessárias são sempre indenizáveis,[17] as benfeitorias voluptuárias não o serão nunca e as benfeitorias úteis serão indenizadas desde que hajam sido autorizadas pelo poder competente.[18] É o que se depreende do art. 26, § 1º, do Decreto-lei 3.365.

Por benfeitorias deve-se entender única e exclusivamente os melhoramentos ou a conservação feita em acréscimo ao já existente. Note-se que a palavra vai tomada em sentido estrito, técnico. Por esta razão não se confundem com benfeitorias as edificações feitas no imóvel nu.

16. STF, *RDA* 54/130.
17. TJSP, *RDA* 51/286.
18. TJSP, *RDA* 98/169.

Clóvis Beviláqua ensina: "Nem todas as obras feitas em uma coisa entram na classe das benfeitorias. São-no as obras para conservação, melhoramento ou recreio individual (...). As construções e as plantações não entram na classe das benfeitorias propriamente ditas. São acessões industriais (art. 61, I e III), que obedecem a regras particulares (arts. 545 e 549). São benfeitorias, porém, trabalhos sobre construções já existentes e o beneficiamento das plantações".

31. A declaração de utilidade pública tem um prazo de validade, após o quê caduca.

Caducidade da declaração de utilidade pública é a perda de validade dela pelo decurso de tempo sem que o Poder Público *promova os atos concretos destinados a efetivá-la.*[19]

A caducidade ocorre num prazo de cinco anos nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública, e em prazo de dois anos nas desapropriações por interesse social (art. 1º do Decreto-lei 3.365, e art. 3º da Lei 4.132).

32. O ato que caracterizava a promoção tempestiva da desapropriação, isto é, a promoção dela dentro dos cinco anos ou dois anos, conforme o caso, era o despacho do juiz que determinava a citação do expropriando, se tal citação fosse promovida no prazo de 10 dias, prorrogáveis pelo juiz, até o máximo de 90, por motivo fundamentado.

Este entendimento, expressado na douta lição de Arruda Alvim, estribava-se na conjugação do art. 1º do Decreto-lei 6.790, de 15.8.1944, com o art. 166 do Código de Processo Civil de 1939 (reproduzido no art. 219 do Código de Processo Civil de 1973).

Esse artigo dispunha que a citação válida, entre outros efeitos, produziria a interrupção da prescrição (ainda que ordenada por juiz incompetente) e que a força interruptória se contaria da data do despacho que determinasse a citação, desde que promovida pelo interessado no prazo de 10 dias, prorrogável pelo juiz, por motivo fundamentado, até o máximo de 90.

Embora, no caso em tela, não se esteja cogitando de prescrição ou de interrupção dela, mas de caducidade da declaração de utilidade pública, ainda assim se impõe concluir na forma proposta pelo mestre citado, porquanto o referido Decreto-lei 6.790 estabeleceu que o disposto no art. 166 do Código de Processo Civil deveria aplicar-se não

19. STF, *RDA* 19/82 e *RDP* 2/208.

só a todos os casos de prescrição, mas também *aos demais "prazos extintivos previstos em lei"*. O advento do Código de Processo Civil de 1973 não infirma esta interpretação, pois o art. 219 continha disposições análogas às do art. 166, precitado.

Com o advento da Lei 8.952, de 13.12.1994, o § 1º do art. 219 do Código de Processo Civil de 1973 passou a dispor que "a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação".

Sendo a caducidade da declaração de utilidade pública um "prazo extintivo", há de se concluir que não se consuma caducidade da declaração se a Administração, até o último dia dos cinco ou dois anos (conforme o caso), propuser a ação de desapropriação, promovendo a citação conforme o disposto no art. 219 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, com a redação dada pela citada Lei 8.952/1994.

33. A caducidade não implica definitiva extinção do poder de desapropriar o bem por ela liberado. Com efeito, a declaração de utilidade pública pode ser renovada desde que decorrido um ano após a caducidade da última declaração. É o que dispõe o art. 10, segunda parte, do Decreto-lei 3.365.

X. A imissão provisória de posse

34. Imissão provisória de posse é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importância fixada segundo critério previsto em lei.

Se o expropriado, entretanto, puder demonstrar de modo objetivo e indisputável que a alegação de urgência é inverídica, o juiz deverá negá-la, pois, evidentemente, urgência é um requisito legal para a imissão provisória, e não uma palavra mágica, que, pronunciada, altera a natureza das coisas e produz efeito por si mesma.

Diz-se provisória porque não é a posse que acompanha a propriedade. Esta, o expropriante só a obterá mediante o pagamento da justa indenização fixada pelo juiz depois de arbitramento em que se apure o verdadeiro e real valor do bem desapropriado.

35. A urgência para fins de imissão de posse pode ser declarada a qualquer momento depois da declaração de utilidade pública do bem e dentro de seu prazo de validade.[20]

20. STF, *RTJ* 56/730.

Deve ser providenciada no prazo improrrogável de 120 dias e não pode ser interrompida ou renovada.[21] Isto porque o § 2º do art. 15 do Decreto-lei 3.365 dispõe: "A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 dias".

O § 3º do mesmo artigo dispõe: "Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior, não será concedida a imissão provisória".

36. A imissão provisória de posse nos imóveis não regidos pelo Decreto-lei 1.075 se faz pelo depósito do valor do imóvel fixado para efeitos fiscais, isto é, pelo depósito do valor atribuído ao imóvel para efeitos de cobrança do imposto predial ou territorial, conforme o caso.[22]

Ao expropriado é facultado levantar 80% da importância depositada e prosseguir na lide, discutindo o valor que considera realmente justo para indenizar o bem objeto de expropriação.

Obviamente, se concordar com o valor depositado a título de indenização, poderá então levantar toda a importância, consumando-se, assim, a desapropriação.

O direito a levantar 80% do depósito, quando discordar da oferta, está consagrado no art. 33, § 2º, do Decreto-lei 3.365.

37. Os imóveis regidos pelo Decreto-lei 1.075 são os prédios residenciais urbanos habitados pelo proprietário ou por compromissário comprador com título registrado.

A imissão provisória, no caso desses imóveis, obedece a procedimento diferente do previsto no Decreto-lei 3.365. A Administração deverá depositar o valor que estima adequado para efeito do depósito.

Se o particular discordar da oferta, deverá impugná-la no prazo de 5 dias da intimação dela. Impugnada esta, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, cujo laudo deverá ser apresentado no prazo máximo de 5 dias, fixará em 48 horas o valor provisório do imóvel.

Se o valor arbitrado for superior ao dobro do valor oferecido, o expropriante ficará obrigado a complementar o valor do depósito até atingir metade do valor *provisório* fixado no laudo de arbitramento

21. STF, *RDP* 2/208.
22. TFR, *RDA* 58/228.

judicial, mas limitada esta obrigação até o valor máximo de depósito equivalente a 2.300 salários-mínimos. O expropriando poderá levantar integralmente esta importância, isto é, 50% do valor arbitrado, e prosseguir na lide.

Se o laudo judicial fixar valor igual ou inferior ao dobro do preço oferecido, ao expropriando será facultado levantar *80% do valor oferecido* pelo Poder Público ou *metade do valor fixado no arbitramento judicial*, prosseguindo a lide para apuração do valor real do bem.

38. Não se deve confundir a imissão provisória de posse com o direito que tem o expropriante, com base no art. 7º do Decreto-lei 3.365, de entrar nos imóveis declarados de utilidade pública a fim de proceder a certas verificações.

Na imissão provisória de posse *initio litis* há, efetivamente, uma transferência da posse do bem, que passa do proprietário ao poder expropriante, conquanto provisoriamente, por não ser a posse definitiva, isto é, aquela que acompanha a propriedade.

Na prática, contudo, esta posse provisória vai se converter na posse definitiva que terá lugar quando do pagamento de indenização, salvo se o Poder Público desistir da desapropriação no curso da ação.

Já, o direito de penetrar no imóvel, previsto no art. 7º do Decreto-lei 3.365, não acarreta transferência de posse do bem do proprietário ao expropriante. Há, tão só e unicamente, possibilidade em favor da Administração de ingressar no prédio através de seus agentes, para fazer medições e verificações, procedidas com moderação, de modo a causar o menor incômodo e turbação ao proprietário.

XI. A justa indenização. Juros. Correção monetária. Outras despesas. Honorários de advogados

39. Indenização justa, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição, é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio.[23] In-

23. STF, *RDA* 91/151.

denização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento.

40. Para que assim se configure deve incluir juros moratórios, juros compensatórios, correção monetária, honorários advocatícios e outras despesas, nas condições e termos seguintes.

Juros moratórios na desapropriação são os devidos pelo Poder Público ao expropriado pela demora no pagamento do valor da indenização. Ao tempo do Código Civil de 1916, calculavam-se à razão de 6% ao ano, conforme seu art. 1.062. No novo Código, de acordo com o art. 406, os juros moratórios, quando não convencionados ou quando não fixados ou quando provenientes de determinação legal, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora dos pagamentos devidos à Fazenda Nacional. Esta taxa atualmente é a SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia).

Conforme a Súmula 70 do STJ, os juros moratórios contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, a MP 1.901-30, de 24.9.1999 (hoje, 2.183-56, de 24.8.2001), introduziu um art. 15-B no Decreto-lei 3.365, por força do qual os juros moratórios deverão ser contados "a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição". A disposição em causa é inconstitucional. Possivelmente, assim será considerada pelos Tribunais. É que, de fora parte provir de medida provisória não relevante nem urgente e, ademais, reiterada, o que é inadmissível (razões, estas, que o Judiciário por certo ignorará), ofende o princípio da justa indenização, razão que – esta, sim – o Judiciário muito provavelmente considerará merecedora de acolhimento.

Juros compensatórios são os devidos pelo expropriante ao expropriado, a título de compensação pela perda antecipada da posse que este haja sofrido.[24] Como a "justa indenização" só é paga no final da lide, o expropriado, cuja posse foi subtraída no início dela, se não fosse pelos juros compensatórios, ficaria onerado injustamente com a perda antecipada da utilização do bem.

Tais juros não estão previstos em lei: são uma construção da jurisprudência. Contam-se desde o momento da perda efetiva da posse

24. TASP, *RDA* 104/233.

até a data do pagamento da indenização, tanto no caso da desapropriação direta como na indireta, e em ambas são calculados à razão de 12% ao ano (Súmula 618 do STF).[25]

Sem embargo, por força da MP 1.774-22, de 11.2.1999 (hoje 2.183-56, de 24.8.2001), foi introduzido um art. 15-A no Decreto-lei 3.365/1941, de acordo com o qual na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor fixado na sentença, os juros compensatórios serão de até 6% ao ano (e não de 12%) sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. No § 3º do mesmo artigo impõe iguais juros para os casos de "apossamento administrativo ou desapropriação indireta" (v. n. 49), tanto como para as ações que visem à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, em liminar na ADI 2.332-2, requerida pelo Conselho Federal da OAB, suspendeu, por inconstitucional, a eficácia da expressão "de até 6% ao ano", e considerou que a interpretação conforme à Constituição obrigará a entender, no que concerne à parte final do art. 15-A, que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.

Além disto, suspendeu também os §§ 1º, 2º e 4º deste mesmo artigo, cujos dizeres são os seguintes: "§ 1º. Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário"; "§ 2º. Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir grau de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero"; e "§ 4º. Nas ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação".

41. Cabe correção monetária do valor da indenização quando transcorra mais de um ano, contado a partir do laudo de avaliação do bem, antes do efetivo pagamento dela. É o que dispõe o § 2º do art.

25. STF, *RDA* 102/184.

26 do Decreto-lei 3.365 ao estatuir: "Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado".

A jurisprudência tem entendido como "decisão final" aquela que determina a imissão *definitiva de posse*, ou seja, a que sucede ao pagamento do bem expropriado.[26]

A correção monetária pode ser pedida em qualquer fase ou instância, a qualquer momento que preceda o efetivo *pagamento da indenização*, desde que já haja transcorrido um ano e dia do laudo de avaliação, "devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez" (Súmula 561 do STF).[27]

O juiz ou o Tribunal podem de ofício determinar sua aplicação, isto é, independentemente de pedido da parte.[28]

42. No valor da indenização devem ser computadas todas as despesas acarretadas diretamente por ela ao expropriado. Com efeito, nos termos do art. 5º, XXIV, da Constituição, a indenização deve ser justa. Em consequência, há de deixar o expropriado com seu patrimônio *indene*, sem prejuízo, sem desfalque algum.

Logo, computar-se-ão na indenização, além do valor do bem expropriado propriamente dito, as despesas que o proprietário do imóvel tenha com "desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento" (parágrafo único do art. 25 do Decreto-lei 3.365), as despesas com sub-rogação do vínculo que pese sobre o imóvel e as custas processuais, os honorários de perito e de advogado, se vencido o Poder Público.

43. Sendo a Fazenda condenada a pagar valor superior ao oferecido, são devidos honorários advocatícios. Se assim não fora, o expropriado teria que suportar um desfalque patrimonial proveniente das despesas com seu patrono e, em consequência, a indenização deixaria de ser "justa", por não cobrir os ônus diretamente acarretados pela desapropriação.

Os honorários são calculados sobre a *diferença* entre o valor oferecido pelo expropriante e aquele apurado como justo na avalia-

26. TASP, *RDA* 101/195; STF, *RTJ* 57/351 e *RDA* 91/154 e 104/193 e 205.
27. STF, *RDA* 94/112.
28. STF, *RDA* 99/233 e *DJU* 22.5.1970, p. 2.107.

ção, ambos corrigidos monetariamente (Súmula 617 do STF). Não há, contudo, na jurisprudência, até hoje, qualquer orientação firmada sobre o *quantum* percentual a ser aplicado.[29]

Contudo, o Executivo, com a redação que atribuiu ao § 1º do art. 27, e com a introdução de um § 3º, efetuados por medida provisória (hoje, a bastas vezes citada MP 2.183-56, de 31.8.2001), buscou delimitar seu montante. Estabeleceu que quando se tratar de desapropriação de imóvel rural por interesse social para fins de reforma agrária no procedimento contraditório especial de rito sumário, bem como nos casos de ações de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, os honorários advocatícios deverão ser estabelecidos entre 0,5 e 5% da aludida diferença, não podendo ultrapassar o teto de R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). Na já referida ADI 2.332-2, o STF deferiu em parte pedido de medida liminar para suspender, no § 1º, a eficácia da expressão "não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)", ainda que as disposições em apreço fossem em seu todo manifestamente inconstitucionais, por não estar em pauta hipótese de cabimento de medida provisória.

44. Em certos casos, conforme abaixo indicado, o proprietário de fundo de comércio deverá ser indenizado na própria ação de desapropriação, a fim de que se cumpra o requisito constitucional da "justa indenização".

Com efeito, quando o fundo de comércio for do proprietário, o valor dele computa-se na indenização a ser paga na desapropriação. Deveras, no caso, ele integrará o valor do bem. Como a indenização ao expropriado há de ser justa, terá necessariamente de cobri-lo, sem o quê lhe causaria desgaste patrimonial.

Quando, todavia, o fundo de comércio for de terceiro, isto é, de outrem que não o expropriado, seu valor não será levado em conta para fins de indenização do expropriado. Neste caso, só por ação direta o terceiro, titular do fundo de comércio, poderá pleitear do Poder Público indenização por sua perda.[30] Isto porque, na forma do art. 26 do Decreto-lei 3.365, no valor da indenização não se incluirão direitos de terceiros.

29. STF, *RDA* 77/247.
30. STF, *RDA* 103/196 e *RTJ* 54/22.

45. As considerações até agora feitas reportam-se, como foi referido, ao conceito de "indenização justa", investigada segundo um critério objetivo e, portanto, relativo unicamente à desapropriação da tradição do Direito brasileiro, prevista no art. 5º, XXIV, primeira parte, da Carta Constitucional.

XII. Momento em que se consuma a desapropriação

46. Tendo em vista o texto do art. 5º, XXIV, da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à "prévia e justa indenização (...)", desde logo depreende-se que não se pode consumar antes do pagamento da indenização. Em consequência, o Poder Público só adquirirá o bem e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. Isto só é excepcionado nos casos invulgares em que a Constituição admite desapropriação paga com títulos, desde que o resgate deles se faça ao longo do tempo (arts. 182, § 4º, III, c/c arts. 185 e 186).

47. Enquanto não consumada a desapropriação, isto é, enquanto não houver condenação no valor a ser pago, o expropriante pode sempre desistir dela.

Entretanto, será obrigado a indenizar o proprietário pelos prejuízos que haja causado em razão da simples declaração de utilidade pública, da propositura da ação expropriatória ou da imissão provisória que haja obtido. Cabe ao proprietário, como é lógico, fazer *efetiva* demonstração de seu prejuízo.

XIII. Desapropriação por zona

48. Desapropriação por zona é a desapropriação de uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, por abranger a zona contígua a ela, tendo em vista ou reservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou revendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto. Em qualquer caso (dispõe o art. 4º do Decreto-lei 3.365), a declaração de utilidade pública deverá especificar a área que, em tal desapropriação, será utilizada na obra ou serviço e qual aquela que se destina a revenda (porque se valorizará extraordinariamente) ou para ulterior desenvolvimento da obra.

Ao nosso ver, nada conspira contra ela se destinada a compreender área necessária ao ulterior desenvolvimento da obra. Contudo,

reputamo-la inconstitucional *quando destinada à revenda das áreas que se valorizarem extraordinariamente* em consequência da obra. Pelo menos duas razões assomam para levar a tal entendimento. Uma é a de que a própria Constituição prevê, em seu art. 145, III, a contribuição de melhoria, concebida para captar a valorização obtida à custa de obra pública. É este, então, o instituto idôneo para absorvê-la. Outra, a de que, se o Poder Público tem um meio para atingir o objetivo em causa, não pode se valer de outro que impõe ao administrado gravames maiores (a perda da propriedade) que os necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa (recolher a valorização extraordinária).

Não se confunde tal hipótese com a revenda efetuada em seguimento à desapropriação para executar planos de urbanização ou de loteamento com o fito de constituir distrito industrial, prevista no art. 5º, "i", e §§ 1º e 2º, do Decreto-lei 3.365. Aqui a utilidade pública suposta é a própria operação urbanística (planejamento urbano, criação ou ampliação de distritos industriais). Vale dizer, o que se considera finalidade da desapropriação é a intervenção do Poder Público para composição da feição urbana local, no que se compreende, obviamente, a nosso ver, a reurbanização, ou seja, a transformação do precedente quadro urbanístico no sítio visado. Consoante nos parece, a ulterior reposição da área em domínio privado é uma consequência natural, mas não é procedida com o fito de absorver o incremento de valor imobiliário ocorrente. Claro está que haverá um sobrevalor em relação ao estado original e que será captado pelo expropriante ao revender os imóveis, isto é, ao fazer retornar à esfera privada os lotes resultantes, ao cabo da intervenção urbanística. Contudo, a captação deste sobrevalor não será a *ratio essendi* da desapropriação, mas subproduto conatural à remodelação urbana efetuada.

XIV. Desapropriação indireta

49. Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua consequente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório. Ocorrida esta, cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente.

De acordo com o parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei 3.365, parágrafo, este, ostensivamente inconstitucional – pois incluído pela

MP 1.774-22, de 11.2.1999 (hoje 2.183-56, de 24.8.2001), obviamente expedidas fora dos pressupostos de urgência e relevância, como todas as outras – mas que persistirá no sistema, com o beneplácito do STF, maiormente depois da EC 32: "extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público".

XV. Extensão do controle jurisdicional na ação de desapropriação

50. Na ação de desapropriação o controle jurisdicional cinge-se aos seguintes pontos: a) fixação do justo preço; b) nulidades processuais; c) verificação se o expropriante fundou a ação expropriatória numa das hipóteses legais permissivas dela.

Isto é o que resulta diretamente das disposições do Decreto-lei 3.365. Entendemos, contudo, que na própria ação de desapropriação ou então desde a declaração de utilidade pública, antes de iniciada a ação expropriatória, pode ser contestada a validade da declaração de utilidade pública pelo proprietário do bem.[31]

51. Com efeito, há que entender que as palavras da lei – e, no caso, as hipóteses legais previstas como autorizadoras da desapropriação – têm um sentido próprio, um conteúdo, à vista de uma finalidade, que é, afinal, a garantia no sistema normativo. Caso contrário, as expressões legais, por não significarem nada, não precisariam existir: a lei seria um documento sem utilidade alguma, completamente despiciendo. Por isso, cumpre que a declaração de utilidade pública seja efetivamente predisposta à realização de uma das finalidades que ensejam o exercício do poder expropriatório. Segue do exposto que, se o proprietário puder, *objetivamente e indisputavelmente*, demonstrar que a declaração de utilidade pública não é um instrumento para a realização dos fins a que se preordena, mas um recurso ardiloso para atingir outro resultado, o juiz deverá reconhecer-lhe o vício e, pois, sua invalidade.[32]

52. Cumpre que tal apreciação possa ser feita até mesmo na ação expropriatória, que, se assim não fora, de nada valeria ao particular demonstrar-lhe o vício posteriormente, pois, uma vez integrado o bem, ainda que indevidamente, ao patrimônio público – *ex vi* do

31. TJSP, *RDA* 47/190.
32. TJDF, *RDA* 55/195.

art. 35 do Decreto-lei 3.365 –, a questão resolver-se-ia por perdas e danos, donde ser ineficiente tal meio para garantir ao proprietário despojado a proteção estabelecida no art. 5º, XXIV, da Carta Magna, que assegura a propriedade, salvo quando o interesse público (entende-se, efetivamente existente) requeira sua conversão na correspectiva expressão patrimonial.

53. A discricionariedade, dentro das hipóteses legais de desapropriação, não é, evidentemente, possibilidade aberta ao Poder Público de servir-se formalmente das expressões legais para atribuir-lhes a força de instrumento de satisfação de propósitos alheios aos que a lei protege, deseja e expressa. Ato de tal natureza configura desvio de poder e deve ser coartado pelo Judiciário através de meio eficaz, isto é, na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada a valor jurídico resguardável.

XVI. Retrocessão e direito de preferência violado

54. Efetivada uma desapropriação, o Poder Público deve aplicar o bem, por tal modo adquirido, à finalidade pública que suscitou o desencadeamento de sua força expropriatória. Não o fazendo, terá ocorrido o que se denomina "tredestinação", que o Prof. José dos Santos Carvalho Filho caracteriza como "destinação desconforme com o plano inicialmente previsto", distinguindo-a em tredestinação lícita, quando, "persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início", e tredestinação ilícita, na qual o Poder Público "transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização".[33] Se o expropriante deixa de lhe atribuir uma finalidade pública, evidentemente a desapropriação terá se revelado sem razão de existir. Daí reconhecer-se ao expropriado o direito a uma satisfação jurídica pelo fato. É esta circunstância que nos coloca diante do instituto da retrocessão.

55. Retrocessão, em sentido técnico próprio, é um *direito real*, o do ex-proprietário de reaver o bem expropriado, mas não preposto a finalidade pública.

Outrora, a Lei 1.021, de 26.8.1903, o configurava induvidosamente como direito real. Deveras, o art. 2º, § 4º, da referida lei dispunha: "Se por qualquer motivo não forem levadas a efeito as obras

33. *Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed., Lumen Juris, 2004, p. 727.

para as quais foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel, restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentado o valor do prédio".[34] Este preceito está repetido no Decreto 4.956, de 9 de setembro do mesmo ano, expedido como regulamentador da citada lei.

56. O que era claro e legislativamente assente ulteriormente perderia nitidez. Muitos doutrinadores e numerosos julgados passaram a entender que a retrocessão é um direito pessoal, arrimados em elementos colhidos na legislação sucessiva.

É que, com o advento do anterior Código Civil, seu art. 1.150, tanto como o faz o Código atual em seu artigo 519, expressamente conferiu ao expropriado, em casos que tais, o direito de preempção ou ***preferência***, *direito, este, de natureza pessoal*, resolúvel, portanto, em perdas e danos, se viesse a ser desconhecido, conforme dicção expressa anteriormente no art. 1.156 e, hoje, no art. 518.

Com efeito, o art. 1.150 estabelecia que: "A União, o Estado, ou o Município oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou". E o art. 1.156 dispunha: "Responderá por perdas e danos o comprador, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens, que lhe oferecem pela coisa". *Mutatis mutandis*, ler-se-ia – no lugar de "comprador" – quem deveria oferecer o bem e – no lugar de "vendedor" – o titular da preferência.

Acresça-se a isto que o Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941, que ainda hoje é o diploma básico sobre desapropriação, estampadamente dispôs, em seu art. 35: "Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação,[35] ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação julgada procedente resolver-se-á em perdas e danos".

34. Anota Eurico Sodré que: "O instituto da retrocessão apareceu em nosso Direito Positivo, em uma forma embrionária, no art. 5º da Lei n. 57, de 1836, quando deu ao proprietário recurso ordinário para a Assembleia Provincial, se pretendesse a restituição da propriedade" (*A Desapropriação*, 3ª ed., póstuma, São Paulo, Saraiva, 1955, p. 212).

35. Firmino Whitaker, acertadamente, apostilou que, em tema de retrocessão, seria impróprio falar-se em "reivindicar" o bem, porque "só reivindica o que tem domínio sobre a coisa possuída injustamente por outro; e, na desapropriação, o proprietário perde o domínio, sendo legítima a posse do adquirente" (*Desapropriação*, 2ª ed., ed. da Seção de Obras do *O Estado de S. Paulo*, 1926, p. 102).

À vista disto, inúmeros doutrinadores lhe assinalaram, então, o caráter de direito pessoal – ensejador, pois, de perdas e danos se desconhecido o direito de preferência –, ao passo que outros persistiram defendendo a natureza real do direito em apreço, isto é, o de readquirir o bem. Confira-se, a respeito, o excelente recenseamento, que ora consignamos em nota de rodapé, efetuado pelo eminente Sérgio Ferraz.[36]

36. *Desapropriação – Indicações de Doutrina e Jurisprudência* (Rio de Janeiro, Forense, 1972). O publicista citado, na obra em questão, pp. 117-119, arrola os seguintes autores que consideram a retrocessão como ensejadora de perdas e danos (direito pessoal): Alfredo de Almeida Paiva (*RDA* 40/293); Antão de Morais (*RDA* 58/443); Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, pp. 147 e ss.); Carlos Medeiros Silva (*RDA* 37/415); Castro Nunes (*RDP* 7/96); Clóvis Beviláqua (*Comentários ao Código Civil Brasileiro*, 6ª ed., vol. IV, p. 318); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (não se tratando de desapropriação promovida por concessionário – *Curso de Direito Administrativo*, vol. 2, p. 116); Ebert Chamoun (*Da Retrocessão nas Desapropriações*); F. Whitaker (*Desapropriação*, 3ª ed., p. 86); J. G. Menegale (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3ª ed., pp. 340 e 341); João Luiz Alves (*Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1917, p. 784); José Carlos Barbosa Moreira (*RDPG* 15/335); José Cretella Jr. (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. IX, pp. 159 e 333-334); José Emydgio de Oliveira (*RDPG* 14/214); Mário Picanço (*Da Desapropriação*, p. 87); Machado Guimarães (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, p. 274); Múcio de Campos Maia (*RT* 258/49); Onofre Mendes Jr. (*Direito Administrativo*, 2ª ed., p. 301); Orlando Gomes (*Contratos*, p. 249); Rocha Lagoa (*RDPG* 14/217); Sílvio Rodrigues (*Direito Civil*, vol. III, p. 208) e Themístocles Cavalcanti (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., vol. III, p. 105).

Outrossim, aponta como reconhecendo natureza real ao instituto (pp. 117 e 118): Agostinho Alvim (*Da Compra e Venda e da Troca*); Franco Sobrinho (*Desapropriação por Utilidade Pública*, 2ª ed., pp. 284-285); Barbosa Lima Sobrinho (*RDPG* 6/15); Costa Manso (*RT* 229/30); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de Direito Administrativo*, vol. IX, p. 116 – se se tratar de desapropriação promovida por concessionário); Eurico Sodré (*A Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública*, 2ª ed., pp. 284 e 285); Hélio Moraes de Siqueira (*A Retrocessão nas Desapropriações*); Jorge Americano (*RT* 229/34); José Cretella Jr. (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. IX, pp. 333 e 334 – desde que o defeito do ato seja de motivo ou fim); Manoel Eugênio Marques Munhoz (*RDP* 11/67); Manoel Ribeiro (*Direito Administrativo*, vol. II, p. 245); Miguel Seabra Fagundes (*Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, 1949, pp. 397); Noé Azevedo (*RT* 193/34); Oliveira e Cruz (*Da Desapropriação*, pp. 119 e ss. – tratando-se de desapropriação promovida por concessionários de serviço público); Otávio Meira (*Do Direito de Desapropriação*, p. 104); Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. V, pp. 443-446, mas ao contrário às pp. 479-480); Solidônio Leite (*Desapropriação por Utilidade Pública*, 3ª ed., pp. 66-67); Valmir Pontes (*Programa de Direito Administrativo*, 2ª ed., p. 152); Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 2ª ed., p. 390, nota 113). Da relação do autor excluímos Hely Lopes Meirelles, que, ulteriormente, mudou de posição.

57. Já, os que propugnam pela existência do direito real de reaver o bem sempre se esforçaram diretamente no Texto Constitucional. Hoje, a base para tanto reside notadamente no art. 5º, XXIV. É que o nele estatuído, tal como as disposições do passado (mesmo variando suas redações ao longo do tempo), configura o direito de propriedade como direito básico, que só deve ceder à demissão compulsória para a realização de uma finalidade pública.

Disto se extrai que, vindo a falecer tal fundamento, por desistência de aplicação do bem ao destino que justificaria a expropriação, esvai-se o presumido suporte jurídico para o sacrifício do direito de quem o perdeu. Via de consequência, cabe o retorno do bem ao ex-proprietário, ante a insubsistência, ulteriormente patenteada, do arrimo constitucional que a susteria.

Donde, em vista do princípio da supremacia da Constituição, lei alguma poderia dar à matéria tratamento que contraditasse o que é simples resultado da proteção que a Lei Magna outorga à propriedade, já que a garantia que lhe confere só é absolvida para satisfação de uma finalidade pública. Daí a impotência da invocação do art. 1.150 do Código Civil anterior (ou do atual, art. 519) para arrimar entendimento diverso, ou do art. 35 do Decreto-lei 3.365 para infirmar – nos casos em que caiba – o direito ao retorno do bem ao expropriado.

Parece-nos, em sintonia com tais inobjetáveis argumentos, que não se pode negar ao ex-proprietário o direito de reaver o bem nos casos aludidos, e é isto que se constitui na retrocessão propriamente dita, direito de natureza real. De resto, é a orientação jurisprudencial dominante na atualidade.

Após a época do levantamento procedido pelo ilustrado autor, podem ser citados como adeptos do caráter real deste direito, entre outros: Gilberto Siqueira Lopes (*Desapropriação – Doutrina e Jurisprudência*, Livraria Jurídica Vellenich, p. 83), Régis Fernandes de Oliveira (*RDA* 166/18), Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 351) e José Carlos de Moraes Salles (*A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 714 e ss.).

Opostamente, também depois do levantamento feito pelo referido autor, atribuem-lhe caráter pessoal: Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, pelo menos a partir da 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1978, p. 170, cuja opinião está reiterada nas subsequentes edições), Sérgio de Andréa Ferreira (*O Direito de Propriedade e as Limitações* e *Ingerências Administrativas*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 57) e Diógenes Gasparini (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 446).

Embora até recentemente prevalecesse o entendimento de que a retrocessão tinha natureza pessoal, tanto em jurisprudência torrencial[37] (em despeito de algumas decisões em contrário) quanto na doutrina, tal fortíssima orientação dominante vem sendo revertida no próprio STF. Assim, os últimos acórdãos têm reconhecido que assiste aos ex-proprietários o direito de reaver o bem. É o que assinala, procedentemente, José Carlos de Moraes Salles, ferrenho defensor da retrocessão como direito real: "É, pois, com satisfação que vemos, agora, a mudança da orientação anterior do STF, cuja jurisprudência mais recente vem afirmando a *natureza real* do direito de retrocessão, como se esclarece no acórdão estampado na *RT* 620/221 (especialmente p. 223), datado de 11.3.1987 e de que foi relator o Min. Djaci Falcão. Verifique-se também, no mesmo sentido, a *RTJ* 104/468, que contém magistral voto do Min. Moreira Alves. Confira-se, ainda, a *RTJ* 117/790 (especialmente p. 794)".[38]

58. Cumpre anotar, todavia, que reconhecer ao ex-proprietário o direito de recuperar o bem expropriado e não afetado a destino público *não significa que não lhe deva ser oferecido o bem*, tal como previa o art. 1.150 e hoje igualmente resulta do art. 519 c/c o art. 513. Ou seja, não significa que o expropriante esteja liberado do dever de afrontá-lo. Donde também não significa que esteja isento da obrigação de pagar perdas e danos, como previa o art. 1.156 e,

37. Cf. os seguintes julgados do STF colacionados por Sérgio Ferraz na preciosa obra retromencionada: RE 18.711, de 3.12.1951 (*RDA* 36/218); RE 20.767, de 16.9.1952 (*RDA* 48/231); RE 21.080, de 28.4.1955 (*RDA* 42/224); RE 24.190, de 8.11.1957 (*RDA* 53/153); RE 30.345, de 20.5.1958 (*RDA* 54/135); RE 39.081, de 8.1.1959 (*RDA* 61/160); RE 47.259, de 11.9.1963 (*RTJ* 24/507); RE 52.113, de 10.10.1963 (*RF* 206/89); RE 57.315, de 26.9.1966 (*RTJ* 42/195); RE 65.532, de 28.2.1969 (*RDA* 98/178); RE 56.937, de 21.3.1969 (*DJU* 9.6.1969, p. 2.411); RE 64.559, de 11.5.1970 (*RDA* 106/157). A estes ainda se pode acrescentar o RE 80.845, rel. Min. Cordeiro Guerra (*RTJ* 75/921).

38. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 725. Os acórdãos mencionados são os proferidos, respectivamente, em 11.3.1987, nos ERE 104.591-4, em 10.12.1981, na AR 1.098-MG, sendo relator o Min. Soares Muñoz, ambos pelo Plenário, e em 18.4.1986, no RE 104.591-RS, 1ª T., rel. Min. Octávio Gallotti.

Há, ainda, anteriormente, também do STF, os acórdãos proferidos no RE 64.559, rel. Min. Eloy da Rocha, j. 11.5.1970 (*RTJ* 57/46), no RE 81.515, rel. Min. Antônio Neder, julgamento de 14.12.1976 (*RTJ* 80/229), e no RE 87.559, rel. Min. Moreira Alves, publicado no *DJU* em 2.7.1978.

Em 1995 a 1ª Turma do STJ, apreciando o REsp 62.506-8-PR, rel. Min. Demócrito Reinaldo, volveu a afirmar, em decisão datada de 5 de junho, a natureza real do direito do ex-proprietário.

hoje, prevê o art. 518, caso viole tal dever. Ou seja: o art. 519 (anterior 1.150) tal como o art. 518 (correspondente ao anterior art. 1.156) são disposições válidas, constitucionais. Inconstitucional, isto, sim – o que já é outra coisa –, seria *negar ao ex-proprietário* o direito de retrocessão, isto é, o de reaver o bem, *sub color* de que, violada tal prelação, caber-lhe-ia unicamente direito a perdas e danos.

Com efeito, se houver violação do direito de preferência, o expropriado, ao nosso ver, tanto poderá se valer do citado preceptivo, pleiteando perdas e danos, quanto, ao invés disto, optar pela ação de retrocessão, a fim de reaver o bem.

O que não poderia, a toda evidência, é pretender simultaneamente o desfrute dos dois direitos, pois o exercício de um exclui o exercício do outro. Há, simplesmente, *dois direitos*, alternativamente, isto é, *excludentemente*, postos à disposição do expropriado. Um que lhe advém diretamente da Constituição; outro que lhe foi outorgado pelo Código Civil.

Esta solução do problema no seu todo – e que, ao nosso ver, é a correta – foi defendida por Roberto Barcellos de Magalhães,[39] que a filiou ao pensamento de João Claudino de Oliveira e Cruz,[40] acolhida por Antônio de Pádua Ferraz Nogueira,[41] por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[42] e por Carlos Alberto Dabus Maluf.[43] Este também foi o entendimento esposado no RE 81.151, julgado em 14.12.1976, sendo relator o Min. Antônio Neder,[44] conforme registram estes dois últimos autores.

Entretanto, os doutrinadores em questão, ao terem descortinado com acerto que o ex-proprietário poderia fazer jus, alternativamente, seja à indenização, seja a recuperar o bem, *data venia*, erroneamente, imaginaram que se estaria em face de um "direito de natureza mista",[45] que "a retrocessão é de natureza mista",[46] que "a retroces-

39. *Teoria e Prática das Desapropriações*, Rio de Janeiro, Konfino, 1968, pp. 276-283.

40. *Da Desapropriação*, São Paulo, Max Limonad, s/d.

41. *Desapropriação e Urbanismo*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 88.

42. *Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pp. 154 e 155.

43. *Teoria e Prática da Desapropriação*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 259.

44. *RTJ* 80/229.

45. Barcellos de Magalhães, *Teoria e Prática das Desapropriações*, p. 276; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 7ª ed., p. 154.

46. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, *Desapropriação e Urbanismo*, p. 88.

são é direito misto"[47] – pessoal e real. Tal equívoco não foi, entretanto, cometido por Oliveira e Cruz, cuja posição na matéria é toda ela peculiar.

O óbvio, entretanto, é que não há direito de natureza mista. Retrocessão é retrocessão: direito *real* – o de reaver o bem. Direito de preferência é direito de preferência: direito *pessoal* – o de que lhe seja oferecido o bem para readquiri-lo, pena de perdas e danos. São simplesmente *dois direitos perfeitamente distintos* e que podem ser alternativamente (e excludentemente) utilizados.

59. Isto posto, vejamos qual a compostura do direito de preferência. Direito de preferência do expropriado é o de que lhe seja oferecido pelo expropriante o bem desapropriado não aplicado à finalidade pública, para que possa readquiri-lo pelo mesmo valor por que foi indenizado na desapropriação.

Uma vez oferecido o bem, na conformidade com o art. 516 do Código Civil de 2002, o ex-proprietário dispõe do prazo de 3 dias, no caso de bens móveis, e de 60 dias, no caso de imóveis, contados a partir da data em que o Poder Público lhe houver feito a notificação para aceitá-la ou rejeitá-la.

Convém ressaltar enfaticamente, contudo, que a jurisprudência pacificou-se no entendimento de que, se o bem *desapropriado para uma específica finalidade for utilizado em outra finalidade pública, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão, considerando-se que, no caso, não teria havido obrigação do Poder Público de lhe oferecer o bem para reaquisição*.[48] Além disso, o STF já decidiu que "não cabe o pedido de retrocessão quando a obra pública foi executada em sua parte substancial".[49]

Ressalve-se, todavia, que, a teor do § 3º do art. 5º do Decreto-lei 3.365 (acrescido pela Lei 9.785, de 29.1.1999), quando se tratar de imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, *não se dará outra utilização ao bem*. Estranhamente, o texto completa, em seguida: "nem haverá retrocessão". Diante disto, é o caso de perguntar-se: e se, violando a lei, o Poder Público desistir de cumprir a finalidade pela qual o desapropriou e não o oferecer ao ex-proprietário? Ou se pretender vender o bem indiviso a algum interessado? Ou, mesmo, se, em des-

47. Carlos Alberto Dabus Maluf, *Teoria e Prática da Desapropriação*, p. 272.
48. STF, *RDP* 2/213 e 3/242; *RDA* 88/158 e 102/188.
49. *RDA* 72/192.

compasso com o mandamento legal, dispuser-se a dar-lhe outro destino? Que ocorrerá? Como se sabe, a sanção natural a estes incumprimentos seria a retrocessão. Vedada esta, a regra em apreço torna-se inútil, constituindo-se em um sem-sentido. Para evitar tal conclusão rebarbativa, que implicaria atribuir estultice à lei – o que é defeso ao intérprete –, cumpre excogitar alternativas exegéticas. Uma delas seria a de entender que a palavra "retrocessão" foi utilizada como direito real, isto é, como direito a reaver o bem. Isto, então, é que seria vedado, mas não haveria impedimento à obtenção de perdas e danos por violação ao direito de preferência. Tal solução, conquanto resguarde a existência de uma sanção para o Poder Público descumpridor, nem por isto assegura o cumprimento da finalidade da regra *sub examine*, pois o que nela se dispõe é que o bem não pode ter destino diverso daquele para o qual foi desapropriado. Assim, melhor exegese seria a de entender-se que quaisquer das violações supostas ensejarão que o ex-proprietário e o Ministério Público, mediante ação civil pública, ou qualquer cidadão, por via de ação popular (por ofensa à moralidade administrativa), poderão acionar o expropriante para anular a eventual venda ou mudança de destinação, exigindo judicialmente que se cumpra o destino para o qual se desapropriou o bem.

60. A obrigação do expropriante de oferecer o bem em preferência nasce a partir do momento em que se possa depreender que o expropriante *desistiu de destinar o bem a finalidade pública*.

Uns entendem que tal desistência se caracteriza ao cabo de cinco anos sem que haja preposição do bem a finalidade pública, adotando-se tal prazo por analogia ao da caducidade da declaração de utilidade pública (art. 10 do Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941). É o pensamento, entre outros doutrinadores, de Seabra Fagundes, Manoel Ribeiro e Noé Azevedo[50] e que está sufragado no acórdão proferido em 5.9.1983 pelo antigo TFR na Ap. cível 82.602, sendo relator o Min. Pedro Acioli.

Outros – e é a posição esmagadoramente dominante – consideram que tal desistência deve ser examinada caso a caso e deduzida de indícios ou fatos concretos. Seriam eles, *e.g.*: o cancelamento do plano de obras ou do projeto para o qual se desapropriou, não seguido de preposição do bem a outra finalidade pública após um período razoável para redestiná-lo; a abertura de licitação para vendê-lo

50. *Apud* Sérgio Ferraz, ob. cit.

ou, evidentemente, a própria alienação do bem a terceiro, evento que valeria por comprovação cabal. Tal ponto de vista – o de que há de ser examinada *in concreto* a situação, para daí deduzir-se se houve intento de abandonar o bem, expressado mediante comportamentos explícitos, tácitos ou expressos – é sufragado pela grande maioria dos estudiosos. Sirvam de exemplo, entre tantos, Eurico Sodré[51] e Ebert Chamoun[52] e, nos que mais recentemente versaram a questão, Régis Fernandes de Oliveira,[53] Carlos Dabus Maluf[54] e José Carlos de Moraes Salles.[55]

Perfilhamos este mesmo entendimento.[56]

61. O preço a ser pago pelo expropriado, a fim de readquirir o bem que lhe seja oferecido em preferência, é o preço atual da coisa, como estabelece o art. 519 do novo Código Civil. Com isto desaparecem todas as discussões que eram suscitadas pelo correspondente texto do Código de 1916 (art. 1.150), o qual falava que o preço seria aquele pelo qual o bem fora expropriado. Daí as longas textilhas para enfrentar as hipóteses de incremento ou decréscimo do valor do bem e da correção monetária do valor original.

62. A obrigação do expropriante de oferecer o bem em preferência nasce no momento em que este desiste de aplicá-lo à finalidade pública. A determinação exata deste momento há que ser verificada em cada caso. Servirão como demonstração da desistência a venda, cessão ou qualquer ato dispositivo do bem praticado pelo expropriante em favor de terceiro. Poderá indicá-la, também, a anulação do plano de obras em que se calcou o Poder Público para realizar a desapropriação, ou outros fatos congêneres.

51. *A Desapropriação*, 3ª ed. (póstuma), São Paulo, Saraiva, pp. 216-217.

52. *Da Retrocessão nas Desapropriações*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 75-76.

53. Ob. cit., pp. 24-25.

54. Ob. cit., p. 266.

55. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 726.

56. Solução deste teor é encontrada nos acórdãos proferidos nos ERE 45.437-SP, rel. Min. Gonçalves de Oliveira; no RE 81.151, rel. Min. Antônio Neder, proferido em 14.12.1976; no RE 82.366, rel. Min. Moreira Alves (*RTJ* 77/334). Anteriormente, conforme registro do mesmo Sérgio Ferraz, no mesmo sentido os acórdãos proferidos pelo STF nos ERE 39.081, de 25.8.1960 (*RDA* 72/192), e no RE 64.559, proferido em 11.5.1970 (*RTJ* 57/46). No antigo TFR, em 19.3.1984, acórdão com igual orientação foi proferido na Ap. cível 66.724, rel. Min. Carlos Velloso.

Se o expropriante deixar de oferecer ao ex-proprietário o bem expropriado, terá transgredido o direito de preferência que a este assistia.

Violado o direito de preferência, o expropriado dispõe de cinco anos para intentar ação *pleiteando perdas e danos*. Isto porque, conforme dispõe o Decreto 20.910, de 6.1.1932, em seu art. 1º: "As dívidas passivas da União, Estados e dos Municípios, bem assim *todo e qualquer direito ou ação* contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram".

Já, *o direito de natureza real*, isto é, *o de reaver o bem*, quando vigia o Código Civil de 1916, deveria prescrever, como é natural, no mesmo prazo das ações reais.[57] Diversamente, entretanto, o extinto TFR, na Ap. cível 66.724, relator o Min. Carlos Velloso (que ulteriormente foi Ministro do STF), entendeu que o prazo em questão seria de 20 anos, pela aplicação do art. 177, c/c o art. 550 do Código Civil (de 1916), isto é, o relativo ao usucapião.

Sempre ao tempo do Código de 1916, entre os que mais recentemente versaram o assunto na doutrina, nota-se a divergência entre José Carlos de Moraes Salles,[58] Carlos Alberto Dabus Maluf[59] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[60] de um lado, e Lúcia Valle Figueiredo,[61] do outro. Os primeiros opinam pela aplicação do art. 177, ou seja, 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes, por se tratar de ação real. De resto, esta é a posição do STF. A segunda corrente acolhe a tese de que o prazo é o do usucapião sem justo título e boa-fé, ou seja, 20 anos.

Hoje, sob o império do atual Código Civil, a prescrição não mais se distingue tomando por base o fato de se tratar de ação pessoal ou real, ou o de correr entre presentes ou entre ausentes. Como o prazo prescricional mais longo é o de 10 anos, previsto no art. 205, ou se considerará que o prazo de prescrição da ação para reaver o bem é este mesmo ou – similarmente ao Min. Carlos Velloso e à

57. O STF, nos ERE 104.591-4-RS (AgRg), em 11.3.1987, Pleno, sendo relator o Min. Djaci Falcão, decidiu por unanimidade que dito prazo é de 10 anos, conforme o art. 177 do Código Civil (então em vigor), confirmando a decisão proferida na 1ª Turma, rel. Min. Octávio Gallotti, em 18.4.1986. Cumpre anotar, todavia, que o artigo invocado refere 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes.

58. Ob. cit., p. 740.

59. Ob. cit., p. 272.

60. Ob. cit., pp. 155-156.

61. Ob. cit., p. 223.

Profa. Lúcia Valle Figueiredo, precitados – se adotará o prazo de 15 anos, que é o do usucapião, independentemente de justo título e boa-fé, conforme o art. 1.238, *caput*, do Código Civil.

63. A violação do direito de preferência confere ao ex-proprietário direito a perdas e danos (se este não preferir valer-se do direito real de reaver o bem). Ao nosso ver, estas perdas e danos consistem na diferença entre o valor pelo qual readquiriria o bem se este lhe houvesse sido oferecido e o valor atual dele, além de lucros cessantes que possa comprovar lhe foram subtraídos. Com efeito, afora os lucros cessantes, o indiscutível prejuízo que sofreu foi o não ingresso em seu patrimônio do incremento de valor que haja se incorporado ao bem desde a época em que o teria reavido, caso seu direito houvesse sido respeitado.[62]

A jurisprudência mostra-se avessa a reconhecer direito a lucros cessantes, só os admitindo mediante prova cabal de que teriam sido auferidos. O STF, no RE 61.417-SP, em 17.6.1969, relator o Min. Amaral Santos, decidiu que: "No caso de alienação de imóvel expropriado, a indenização devida pelo expropriante é limitada à diferença entre seu valor por ocasião da execução da sentença e o que recebeu por força da expropriação, excluídos lucros cessantes".[63] O valor das perdas e danos, de acordo com a 2ª Turma do STF, no RE 80.845, relator o Min. Cordeiro Guerra,[64] corresponde ao valor do bem por ocasião da execução da sentença, deduzida a importância anteriormente recebida como pagamento da indenização ou posta à disposição do expropriado para esse fim, não incluídos os lucros cessantes.

José Carlos de Moraes Salles noticia algumas decisões, de Tribunais de São Paulo, do Rio de Janeiro e do STF, concluindo que o

62. Na doutrina encontram-se as seguintes posições. Para Ebert Chamoun, o valor devido "há de ser orçado na base da diferença existente entre o montante da indenização e o valor da coisa na ocasião em que o oferecimento deveria ter sido realizado" (ob. cit., p. 98). Ao que parece, embora com outras palavras, é também este o entendimento de Diógenes Gasparini ao afirmar que ao ex-proprietário cabe a "diferença entre o valor do bem no momento em que deveria ter sido oferecido e o valor que seria pago pela restituição, se o Poder Público houvesse respeitado a preferência" (ob. cit., p. 447). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a indenização deverá corresponder "ao mesmo preço da desapropriação devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorizações incidentes sobre o imóvel" (ob. cit., p. 155). No mesmo sentido Carlos Alberto Dabus Maluf (ob. cit., p. 259).

63. *RDA* 108/172.

64. *RTJ* 75/921.

cálculo da indenização tem sido efetuado levando-se em conta "a diferença entre o valor atual do bem e o preço pago ao expropriado na desapropriação, este último algumas vezes corrigido monetariamente, segundo algumas decisões".[65]

64. O direito de preferência do expropriado é transmissível.[66] Não se pode, todavia, dizer que tal entendimento seja pacífico. Alguns, com arrimo no art. 1.157 do anterior Código Civil – que declara intransmissível o direito de preferência –, optam por esta última tese e, certamente, hoje encontrariam igual respaldo no art. 520, cujos termos são os mesmos.

Inclinamo-nos a entender que este dispositivo do Código Civil tem aplicação apenas aos casos de preferência ou preempção no Direito Privado, os quais derivam de um acordo entre as partes.

Parece-nos que o superior interesse da ordem jurídica seja o de proteger o mais amplamente quem teve seu direito de propriedade extinto, *sem que comparecessem ou persistissem os fundamentos constitucionais que justificam a desapropriação*. Como o direito de preferência integra, por força de lei, o patrimônio jurídico do expropriado, não há por que reduzir-lhe a disponibilidade sobre ele no negar-lhe a transmissibilidade.

No STF também parece prevalecer o entendimento de que o direito em questão é transmissível. Com efeito, neste sentido decidiu-se no Ag. 26.619, relator o Min. Gonçalves de Oliveira,[67] e no RE 64.559, em 11.5.1970, relator o Min. Eloy da Rocha.[68] Também o antigo TFR, atual STJ, na Ap. cível 74.881, julgada em 17.11.1986, relator o Min. Pádua Ribeiro, acolheu igual orientação.[69]

Na doutrina tanto se encontra quem o considere transmissível quanto quem o entenda intransmissível.[70]

65. Ob. cit., p. 737.
66. STF, *RDA* 73/155.
67. *RTJ* 23/169 e 170.
68. *RDA* 106/157.
69. *RDA* 167/249.
70. O nunca assaz citado Sérgio Ferraz (ob. cit., pp. 126-127) anota que acolhem o entendimento de que é transmissível: Gama Cerqueira e A. Lemos da Fonseca, Hélio Moraes de Siqueira e Onofre Mendes Jr. Além destes, podem ser referidos: José Carlos de Moraes Salles (ob. cit., p. 731), Carlos Alberto Dabus Maluf (ob. cit., p. 272) e Régis Fernandes de Oliveira (ob. cit., p. 31). Negam a transmissibilidade, segundo o mesmo autor: Castro Nunes, Ebert Chamoun, Eurico Sodré, F. Whitaker, Hely Lopes Meirelles, Guimarães Menegale, Seabra Fagundes, Pontes de Miranda. A estes deve-se acrescer Diógenes Gasparini (ob. cit., p. 447).

65. Questão interessante concerne ao seguinte tópico: se o bem expropriado foi aplicado a uma finalidade pública mas, ulteriormente, foi dela desligado, persiste ou não o direito do ex-proprietário de ser afrontado para readquiri-lo?

Ao nosso ver, tal direito só comparece quando o bem expropriado não foi aplicado a finalidade de interesse público. Se o foi, nem por isto terá de ficar perpetuamente vinculado a destino de tal ordem, pena de exsurgir direito do expropriado a ser afrontado em caso de ulterior desafetação e eventual alienação do bem.[71]

É que o pressuposto do instituto da retrocessão (seja concebida como mero direito de preferência, seja como direito real) só tem lugar quando o bem foi desapropriado inutilmente. Seu sentido, em intelecção razoável, só pode ser o de *infirmar uma inútil perda compulsória da propriedade*; o de reconstituir situação criada por uma *desapropriação frustrada em sua finalidade própria*. Em suma: o propósito aí abrigado não pode ser outro senão o de reverter ou ensejar que revertam situações nas quais a sucessão dos fatos vem a revelar que liminarmente faleciam ou, então, que não prosperaram as razões justificadoras da desapropriação. Se existiam e se prosperaram não há por que infirmar ou ensejar que se infirme propriedade que o Poder Público validamente constituiu *e pela qual pagou devidamente a justa indenização ao expropriado*. Logo, se ela foi útil, se cumpriu a finalidade que lhe era reconhecida como legítima, não há por que desfazer-lhe os efeitos; a saber: os de integrar definitivamente o bem no patrimônio do adquirente.

De fato, nada no Texto Constitucional ou no art. 519 do Código Civil (anterior art. 1.150) concorre para o entendimento de que, efetuada uma desapropriação, o bem destarte adquirido tenha que estar vinculado *ad perpetuam* a um destino público (pena de considerar-se reversível a aquisição original), pois o dever administrativo é o de solver as questões em dado tempo e lugar, segundo as necessidades e conveniências presentes. Se o faz adequadamente, cumpre a ordem jurídica, e não está, com isto, a lesar o direito ou as expectativas legítimas de quem quer que seja.

71. Consoante anota Sérgio Ferraz (ob. cit., p. 124), Ebert Chamoun, Guimarães Menegale, Cretella Jr. e Seabra Fagundes sustentam que, tendo o bem sido utilizado em finalidade pública, "é livre o posterior emprego do bem expropriado". Aliás, esta é também a posição de Serpa Lopes, conforme acotação de Carlos Alberto Dabus Maluf (ob. cit., p. 261).

Donde, seria um contrassenso que, tendo sido convertido o direito do ex-proprietário em seu equivalente econômico – e havendo sido integramente cumprido o sentido do preceito constitucional (dada a *correta utilização do bem no destino a que teria de ser preposto*) –, o Poder Público não pudesse ulteriormente, em razão de eventos sucessivos à sobredita aplicação, dispor, segundo a forma que melhor atendesse a suas conveniências, de um bem cujo domínio *legitimamente adquiriu e mantém*.

Por maior que seja o compreensível respeito ao direito de propriedade individual, nada justificaria exponenciar-lhe o alcance ao ponto de lhe atribuir a força de – como autêntica Fênix – manter permanentemente viva a possibilidade de se reconstituir e renascer.

Registre-se que o TJSP, certa feita, decidiu que, tendo sido aplicado o bem à finalidade prevista, esgotada esta, não há lugar para retrocessão.[72] Tratava-se de área desapropriada para exploração de pedreira, que o foi até a exaustão.

66. Finalmente, ressalte-se que é impossível cogitar de ação de retrocessão relativa a bens revendidos pelo Poder Público no caso de desapropriação para fins urbanísticos (art. 5º, "i", do Decreto-lei 3.365), uma vez que aí não há transgressão alguma da finalidade pública em vista da qual foi realizada. Idem, por igual razão, na revenda de bens adquiridos na desapropriação por zona efetuada para colher o sobrevalor resultante de obra pública[73] – naturalmente para quem a considere constitucional (v. n. 48).

XVII. Requisição

67. Além da desapropriação, também a requisição e a servidão administrativa (logo além tratada) retratam hipóteses de sacrifício de direito.

Requisição é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e autoexecutório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe *transitoriamente o uso* de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida *efetivamente* acarretar ao obrigado.

72. Ap. cível 118.447, 13ª C. Civil, j. 2.6.1987, *RJTJSP*-Lex 112/31.
73. Ebert Chamoun, "Da retrocessão nas desapropriações", *RDP* 8/15 e ss.

A requisição funda-se no art. 5º, XXV, do Texto Constitucional brasileiro e a competência para legislar sobre ela assiste apenas à União, conforme o art. 22, III, da Constituição.

Afora os conhecidos casos da requisição de *serviços* – para prestação de serviço militar a que se sujeitam todos os jovens do sexo masculino que completem 18 anos (art. 5º da Lei 4.375, de 17.8.1964) ou para prestação de serviço eleitoral nas mesas receptoras de votos (art. 120 e § 4º, do Código Eleitoral, Lei 4.737, de 15.7.1965) – e os de requisição de *bens* – para instalação de mesas receptoras de votos (art. 135, §§ 2º e 3º e 137 do mesmo Código) –, podem ser mencionadas ainda algumas hipóteses menos conhecidas de requisição de serviços. É o caso da obrigação, que alcança qualquer pessoa, de prestar assistência, desde que possa fazê-lo sem risco, em caso de acidente com aeronave, assistência esta que pode consistir em simples informação do evento (arts. 51 e 52 do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565, de 19.12.1986). Existe ainda o dever previsto no art. 80 e parágrafo único do Decreto-lei 5.405 de 13.4.1943, segundo cujos termos o veículo que passe por local em que veículo transportador de mala postal haja se acidentado sem possibilidade de prosseguir, deverá conduzir tal mala para a agência mais próxima no sentido de sua marcha.

Realmente importante em termos de requisição, sobretudo de bens, é a Lei Delegada n. 4, de 26.9.1962, que "dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo".

68. Requisição e desapropriação diferem em que:

1) A requisição se refere a bens e serviços. A desapropriação apenas a bens.

2) A requisição preordena-se tão somente ao *uso* da propriedade, ao passo que a desapropriação é volvida à *aquisição* dela.

3) A requisição decorre de necessidades transitórias. A desapropriação é suscitada por necessidades permanentes da coletividade.

4) A requisição é autoexecutória. A desapropriação, para se efetivar, depende de acordo ou, na falta deste, de procedimento judicial.

5) A requisição supõe, em geral, necessidade pública premente. A desapropriação supõe necessidade corrente, usual.

6) A requisição pode ser indenizada *a posteriori* e nem sempre é obrigatória. A desapropriação é sempre indenizável e exige indenização prévia (salvo na hipótese dos arts. 182, § 4º, III, e 184).

Faculdade 7 de Setembro FA7 Fortaleza Ceará

XVIII. Servidão administrativa

69. Servidão administrativa é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo. É, pois, o gravame que onera um dado imóvel subjugando-o ao dever de suportar uma conveniência pública, de tal sorte que a utilidade residente no bem pode ser fruída singularmente pela coletividade ou pela Administração.

São exemplos de servidão administrativa: a passagem de fios elétricos sobre imóveis particulares, a passagem de aquedutos ou o trânsito sobre bens privados etc.

70. Cumpre tomar atenção para não confundir as servidões administrativas com as limitações administrativas à propriedade.

Do ponto de vista teórico, é profunda a distinção entre umas e outras. Enquanto, por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha *dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito*, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito. Ou seja: a compostura do direito, legalmente definida, vem a sofrer uma compressão em nome do interesse público a ser extraído do bem sujeito à servidão.

Se é fácil teoricamente proceder à disseptação entre as duas categorias (limitações e servidões), o reconhecimento concreto das fronteiras entre ambas muitas vezes é tormentoso.

71. Vamos expor o ensinamento mais autorizado na doutrina[74] para, posteriormente, expendermos o critério diferencial que nos parece adequado:

a) nas primeiras (limitações) alcança-se toda uma categoria abstrata de bens, ou, pelo menos, todos os que se encontrem em uma situação ou condição abstratamente determinada, enquanto nas segundas (servidões) atingem-se bens concreta e especificamente determinados;

b) nas servidões administrativas há um ônus real – ao contrário das limitações –, de tal modo que o bem gravado fica em um estado de especial sujeição à utilidade pública, proporcionando um desfrute direto, parcial, do próprio bem (singularmente fruível pela Administração ou pela coletividade em geral);

74. V., especialmente, Alessi, ob. cit., pp. 477, 482 e ss., 534 e ss. e 556.

c) nas servidões há um *pati*, isto é, uma obrigação de suportar, enquanto nas limitações há um *non facere*, isto é, uma obrigação de não fazer;

d) outrossim, se tanto limitações administrativas quanto servidões podem se originar diretamente da lei,[75] toda vez que uma propriedade sofre restrições em decorrência de *ato concreto* da Administração, isto é, injunção decorrente do chamado *jus imperii*, estar-se-á diante de uma servidão.[76]

72. Com efeito, se a limitação administrativa não é senão o perfil do direito, parece razoável entender que, sempre que seja necessário um ato específico da Administração *impondo um gravame*, por conseguinte criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão. Por este motivo entendemos que a declaração de que uma determinada área particular é de reserva florestal é caso de servidão e não de limitação administrativa, como normalmente se afirma.[77]

73. Há grande interesse em distinguir as limitações das servidões, porque as primeiras não obrigam o Poder Público a indenizar o proprietário dos bens afetados, enquanto as segundas, em geral, devem ser indenizadas, o que ocorrerá sempre que impliquem real

75. Serve de exemplo de servidão originada diretamente da lei, marcada, pois, pela generalidade tanto de sua fonte quanto dos bens atingidos, a instituída pelo art. 12 do Código de Águas. Nos termos deste dispositivo, a faixa de 10m marginal às correntes públicas não navegáveis nem flutuáveis, mas que concorrem para formar outras simplesmente flutuáveis, está gravada de servidão de trânsito para os agentes da Administração quando em serviço. Note-se, todavia, que não estamos nos referindo aos chamados "terrenos reservados", marginais de águas públicas numa faixa de 15m de profundidade, os quais, em nosso entender, são de propriedade pública. A faixa de 10m dantes mencionada é de propriedade particular, pois não responde ao conceito de "terreno reservado", cuja definição se obtém pela interpretação combinada dos arts. 2º, 11 e 14 do Código de Águas.

76. Em posição diversa quanto a este último tópico, o precitado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho considera que servidões não podem decorrer de lei. Entende que só cabe falar em tal figura quando sua incidência se dá sobre propriedade determinada. Afirma que as hipóteses habitualmente apontadas como sendo servidões legais, na verdade, não passam de limitações administrativas (*Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed., Lumen Juris, 2004, p. 635).

77. Curioso que mesmo Alessi, sempre tão preciso, após implantar excelentes raízes teóricas para distinguir limitações à propriedade e servidões administrativas (vide ob. cit., pp. 477, 482 e ss., 534 e ss. e 556), acaba por considerar o tombamento para patrimônio histórico como limitação, contraditando nisto suas lições anteriores. Filia-se a igual entendimento Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, p. 260.

declínio da expressão econômica do bem ou subtraiam de seu titular uma utilidade que fruía.

Com efeito, embora frequentemente se afirme que as servidões são sempre indenizáveis, tal assertiva é excessiva. Basta lembrar o caso das placas indicativas de ruas que os particulares são obrigados a suportar que sejam apostas em suas residências, normalmente quando em esquina, sem que caiba indenização alguma. Deveras, não há, no caso, qualquer espécie de prejuízo para o prédio serviente.

Suponha-se que alguém adquira uma fazenda e intente fornecer madeira, ou aproveitá-la industrialmente, dada a existência de numerosas árvores. Se as florestas em questão vierem a ser declaradas reservas do Estado, há um agravamento manifesto na esfera patrimonial do proprietário atingido. Em nome do princípio da "igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado", cabe indenização. A entender-se de outro modo, alguns seriam forçados a suportar desproporcionalmente ônus estabelecidos em nome do interesse de todos, no que estaria ferido o princípio constitucional da isonomia.

74. Em conclusão, como critério prático de discrímen propõe-se o seguinte:

(1) Se a propriedade não é afetada diretamente pela disposição abstrata da lei, mas em consequência de uma injunção específica da Administração, que individualize o bem ou os bens a serem gravados, está-se diante de uma servidão ou do tombamento. Não haveria em tais hipóteses que falar em simples limitação administrativa. Em face disto, caberá indenização sempre que da injunção cogitada resultar um prejuízo para o proprietário do bem alcançado.

(2) Quando a propriedade é afetada diretamente pela lei, pode ou não configurar-se servidão. Haverá esta, e não mera limitação administrativa, se o gravame implicar uma sujeição especial daquele bem ao interesse coletivo. Entende-se como sujeição especial aquela em que a utilidade social a ser obtida for singularmente *fruível* pelos membros da coletividade ou pela própria Administração através de seus órgãos, agentes, prepostos etc., consistindo o gravame em um dever de suportar (*pati*), e não simplesmente imposição de *non facere*.

Portanto, há uma servidão ou um tombamento desde que ocorra uma dentre as seguintes duas hipóteses: derivar o gravame de um ato específico da Administração ou ficar o bem gravado em condição de ser singularmente fruível uma utilidade que ofereça. Fora destes casos, estar-se-á diante de simples limitação administrativa.

Em síntese:

Se a propriedade é atingida por um ato específico, imposto pela Administração, embora calcada em lei, a hipótese é de servidão ou de tombamento, porque as limitações administrativas à propriedade são sempre genéricas.

Se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata, pode ou não ser caso de servidão. Será limitação, e não servidão, se impuser apenas um dever de abstenção: um *non facere*. Será servidão se impuser um *pati*: obrigação de suportar.

XIX. Tombamento

75. O tombamento é a intervenção administrativa na propriedade pela qual o Poder Público assujeita determinados bens à sua perene conservação para preservação dos valores culturais ou paisagísticos neles encarnados. A amplitude de seu alcance está consagrada no art. 216 do Texto Constitucional, de acordo com cujos termos o patrimônio cultural brasileiro é constituído por bens materiais e imateriais "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira", abrangendo entre outros, "as criações artísticas, tecnológicas e científicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais", bem como os "conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico". A expressão *tombamento* advêm da palavra "tombo", que no português arcaico também significava "inventário autêntico dos bens" (cf. *Diccionario da Língua Portugueza Recompilado*, por Antonio de Moraes Silva, Lisboa, Typografia Lacerdina, 1813).

O tombamento está regido pelo Decreto-lei federal 25, de 30.11.1937, que é a norma geral ao respeito. Também interessa ao assunto a Lei 3.924, de 20.7.1961. A teor do art. 24, VII, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre tombamento é concorrente de União, Estados e Distrito Federal, cabendo aos Municípios suplementá-los, com base no art. 30, II. Também é da alçada de todos estes sujeitos a prática dos atos administrativos que o concretizem, a teor do art. 23, III, da Lei Magna, de acordo com o qual é competência de tais pessoas "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos". Segundo o

art. 4º do Decreto-lei 25, o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional será provido de quatro livros do Tombo, a saber: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; 2) Livro do Tombo Histórico; 3) Livro do Tombo de Belas-Artes, para as coisas de arte erudita e 4) Livro do Tombo das Artes Aplicadas.

Em decorrência do tombamento os poderes inerentes ao titular do bem afetado ficam parcialmente elididos, uma vez que poderá usar e gozar do bem, mas não alterá-lo, para não desfigurar o valor que se quer nele resguardar, além de ficar constituído no dever de mantê-lo em boa conservação, o que terá de fazer a expensas próprias, salvo se não dispuser de recursos para tanto, caso em que, a teor do art. 19 do Decreto-lei 25/37, solicitará ao Poder Público o custeio das despesas. Tudo isto se o Poder Público não entender conveniente despojar, de vez, o *dominus* da senhoria sobre a coisa, desapropriando-a e adquirindo-a para si, sem, todavia, desfazer a sujeição do bem à utilidade pública que comandou sua desapropriação.

Até a 26ª edição deste *Curso* exprimimos o entendimento de que o tombamento era modalidade de servidão administrativa. Estávamos errados. Convenceu-nos disso a argumentação da administrativista Adriana Zandonade, em tese de doutoramento que estava sob nossa orientação Distinguem-se os institutos do tombamento e da servidão em que: a) a servidão é um direito real *sobre coisa alheia* ao passo que o tombamento também pode afetar um bem próprio e ser satisfeito mesmo quando o bem de terceiro é expropriado, sem que com isto se extingam os gravames inerentes ao tombamento, não vigorando o princípio de que *nemini res sua servit*; b) a servidão não impõe ao titular do bem tombado o dever de agir, pois não se lhe exige um *facere,* mas tão só um *pati*, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias; c) demais disto, as servidões só oneram bens imóveis e o tombamento tanto pode se referir a bens imóveis quanto a bens móveis, como quadros, estatuetas, joias e outros objetos de interesse cultural.

Como regra, o tombamento exige uma indenização ao particular cujo bem seja dessarte afetado. Sem embargo, quando abrange toda uma cidade ou quase toda, como ocorreu com Parati ou Ouro Preto, os imóveis não se desvalorizam e o tratamento a que se sujeitam os administrados é uniforme, inexistindo razão para que sejam indeni-

zados, até porque, em muitos casos, ocorrerá valorização dos imóveis atingidos. Pelo contrário, na esmagadora maioria dos casos de tombamento pelo Patrimônio Histórico, quando são atingidos algum ou alguns especificados bens há uma individualização do bem objeto de ato imperativo da Administração, que traz consigo um prejuízo econômico manifesto para o proprietário e, assim sendo, é de rigor que este seja indenizado.

Capítulo XVII

GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS

I. Conceito. II. Os bens com relação à sua destinação. III. Afetação e desafetação dos bens públicos. IV. Regime jurídico dos bens públicos. V. Os bens quanto à sua natureza física. VI. Formas de aquisição e alienação de bens públicos. VII. Formas de utilização dos bens públicos pelos administrados.

I. Conceito

1. Bens públicos são todos os bens que pertencem às *pessoas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

O conjunto de bens públicos forma o "domínio público", que inclui tanto bens imóveis como móveis.

Esta noção acolhe as procedentes lições do iluminado publicista Ruy Cirne Lima, segundo quem, a noção de domínio público é mais extensa que a de propriedade, pois nele se incluem bens que não pertencem ao Poder Público; a marca específica dos que compõem tal domínio é a de participarem da atividade administrativa pública, encontrando-se, pois, sob o signo da relação de administração, a qual domina e paralisa a propriedade, mas não a exclui.[1]

1. Cf., ao respeito, *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 189 e ss. Registrem-se notadamente estas suas excelentes observações: "Dá-nos a relação de administração, a seu turno, e não a propriedade, a medida de participação do bem, de que se cuida, na atividade administrativa. Mas a relação de administração e a propriedade não se excluem, ainda que coexistentes sobre os bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Aquele domina e paralisa esta, superpõe-se-lhe, mas não a afasta" (pp. 78-79). V., ainda, pp. 56-57, na

A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de *propriedade pública*. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público.

II. Os bens com relação à sua destinação

2. Quanto à destinação, os bens, como resulta do art. 99 do novo Código Civil, classificam-se em:

a) de uso *comum* – são os destinados ao uso indistinto de todos, como os mares, ruas, estradas, praças etc.;

b) de uso *especial* – são os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública;

c) *dominicais*, também chamados dominiais – são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal. O parágrafo único do citado artigo pretendeu dizer que serão considerados dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário.

A redação do dispositivo é outra, e grosseiramente errada, visto que, de acordo com ela: "Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado". Ora, não há, nem pode haver, pessoa de direito público que tenha estrutura de direito privado, pois a estrutura destas entidades auxiliares é um dos principais elementos para sua categorização como de direito público ou de direito privado.

primeira das quais se respiga o seguinte escólio: "É indiferente quem seja o proprietário da coisa vinculada ao uso público. A relação de administração paralisará, em qualquer caso, a relação de direito subjetivo".

III. Afetação e desafetação dos bens públicos

3. Afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como *desafetação* é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público.

A *afetação ao uso comum* tanto pode provir do destino natural do bem, como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças, quanto por lei ou por ato administrativo que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.

Já, a *desafetação* dos bens de *uso comum*, isto é, seu trespasse para o uso especial ou sua conversão em bens meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela. É que, possuindo originariamente *destinação natural* para o uso comum ou tendo-a adquirido em consequência de ato administrativo que os tenha preposto neste destino, haverão, de toda sorte, neste caso, terminado por assumir uma *destinação natural* para tal fim. Só um ato de hierarquia jurídica superior, como o é a lei, poderia ulteriormente contrariar o destino natural que adquiriram ou habilitar o Executivo a fazê-lo.

A *desafetação* de bem de *uso especial*, trespassando-o para a classe dos *dominicais*, depende de lei ou de ato do próprio Executivo, como, por exemplo, ao transferir determinado serviço que se realizava em dado prédio para outro prédio, ficando o primeiro imóvel desligado de qualquer destinação. O que este não pode fazer sem autorização legislativa é desativar o próprio serviço instituído por lei e que nele se prestava. Também um fato da natureza pode determinar a passagem de um bem do uso especial para a categoria dominical. Seria o caso, por exemplo, de um terremoto destruir o prédio onde funcionava uma repartição pública, como lembra Diógenes Gasparini.[2]

IV. Regime jurídico dos bens públicos

4. Os bens públicos, no Direito brasileiro, marcam-se pelas seguintes características de regime:

a) *Inalienabilidade* ou alienabilidade nos termos da lei, característica, esta, expressamente referida no art. 100 do Código Civil. Os de uso comum ou especial não são alienáveis enquanto conservarem

2. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 340.

tal qualificação, isto é, enquanto estiverem *afetados* a tais destinos. Só podem sê-lo (sempre nos termos da lei) ao serem *desafetados*, passando à categoria dos dominiais. O fato de um bem estar na categoria de dominical não significa, entretanto, que só por isto seja alienável ao alvedrio da Administração, pois o Código Civil, no artigo 101, dispõe que: "Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei".

Independentemente do que dispõe o Código Civil, o simples princípio da subordinação da Administração à lei (princípio da legalidade) já serviria de fundamento para tal característica dos bens pertencentes às pessoas de Direito Público. Daí que, mesmo que se entenda que o Código Civil não poderia legislar sobre matéria administrativa estadual ou municipal (como efetivamente não pode), também os bens estaduais ou municipais estão submissos ao aludido regime. Anote-se, ainda que a alienação de terras públicas com área superior a 2.500ha depende de prévia aprovação do Congresso Nacional, manifestada por decreto legislativo, conforme arts. 49, XVII, e 188, § 1º, da Constituição.

b) *Impenhorabilidade* – bens públicos não podem ser penhorados. Isto é uma consequência do disposto no art. 100 da Constituição. Com efeito, de acordo com ele, há uma forma específica para satisfação de créditos contra o Poder Público inadimplente (v., a respeito o Capítulo XX, ns. 105 e 106). Ou seja, os bens públicos não podem ser praceados para que o credor neles se sacie. Assim, bem se vê que também não podem ser gravados com direitos reais de garantia, pois seria inconsequente qualquer oneração com tal fim.

c) *Imprescritibilidade* – quer-se com esta expressão significar que os bens públicos – *sejam de que categoria forem* – não são suscetíveis de usucapião. É o que estabelecem os arts. 102 do Código Civil e 200 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, que regula o domínio público federal. Antes dele, já a tradição normativa, desde o Brasil-Colônia, repelia a usucapião de terras públicas, embora alguns insistissem em questionar este tópico. A primeira lei de terras do Brasil independente, Lei 601, de 18.9.1850, e seu Regulamento, n. 1.318/1854, impunham tal intelecção e os Decretos federais 19.924, de 27.4.1931, 22.785, de 31.5.1933, e 710, de 17.9.1938,[3]

3. Note-se que, nestas épocas, o Congresso Nacional estava dissolvido e os decretos do Executivo tinham força de lei. O Decreto 710/1938 também foi expedido em época em que o Congresso estava dissolvido, pois, embora houvesse sido reinstaurado com a Constituição de 1934, voltou a ser fechado a partir da Carta de 1937.

também espancavam qualquer dúvida sobre isto. Hoje, a matéria está plenamente pacificada (Súmula 340 do STF).

Ademais, a Constituição vigente é expressa, em seus arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, ao dispor que "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". Assim, as normas sobre a usucapião *pro labore*, previstas no art. 191, *caput*, não podem ser invocadas *em relação a bens públicos*. No passado, podiam. É que os textos constitucionais anteriores que previam tal modalidade de usucapião não mencionavam a imprescritibilidade dos imóveis públicos. Era cabível, pois, entender que prevaleciam sobre a proteção que lhes era dada pela legislação ordinária. Hoje isto não é mais possível, ante a clareza do precitado parágrafo único do art. 191.

A usucapião *pro labore* assim se configura, nos termos do art. 191, *caput*: "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a 50 (cinquenta) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".[4]

V. Os bens quanto à sua natureza física

5. Deixando de lado os bens móveis, quanto à natureza física os bens públicos assim se classificam:

a) bens do domínio hídrico, compreendendo:

a.1) águas correntes (mar, rios, riachos etc.);

a.2) águas dormentes (lagos, lagoas, açudes) e

a.3) potenciais de energia hidráulica;

b) bens do domínio terrestre:

É verdade, entretanto, que, de acordo com esta Carta, o veículo próprio para regular matéria de lei seria o "decreto-lei", e não simples decreto.

4. Quem a introduziu foi a Constituição de 1934, no art. 125, limitando a área a 10ha. O mesmo dispositivo foi reproduzido na Carta de 1937 (art. 148) e na Constituição de 1946 (art. 156, § 3º). A Emenda 10, de 9.11.1964, aumentou o limite da área em questão para 100ha, não falou em "tendo nele sua morada" e acrescentou à expressão "tornando-o produtivo por seu trabalho": "e de sua família". A Carta de 1967 não previa a "usucapião *pro labore*", estabelecendo, apenas, em seu art. 174, ao qual corresponde o art. 171 da Carta de 1969, que "a lei federal disporá sobre as condições de legitimação de posse e de preferência para aquisição de até 100ha de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com seu trabalho e de sua família". A Constituição de 1988, como visto no texto, reintroduziu a usucapião *pro labore*.

b.1) do solo;

b.2) do subsolo.

a) Bens do domínio hídrico

6. São bens do domínio hídrico as águas salgadas e doces, compreendendo o mar territorial e as águas correntes e dormentes qualificáveis como públicas, na conformidade dos esclarecimentos seguintes.

7. Mar territorial, bem público de uso *comum*, é a faixa de 12 milhas marítimas de largura, contadas a partir da linha do baixa-mar do litoral continental e insular do país (art. 1º da Lei 8.617, de 4.1.1993).

8. São bens públicos tanto as águas correntes (rios, riachos, canais) e dormentes (lagos, lagoas e reservatórios executados pelo Poder Público) *navegáveis ou flutuáveis bem como as correntes de que se façam estas águas*, quando as nascentes forem de tal modo consideráveis que, por si sós, constituam o *caput fluminis*, como ainda os braços das correntes públicas, *desde que influam na navegabilidade ou flutuabilidade delas* (art. 2º do Código de Águas – Decreto 24.643, de 10.7.1934, época em que o Executivo legislava por decretos), e mais as águas situadas nas zonas periodicamente assoladas pelas secas, nos termos e forma que legislação especial dispuser sobre elas (art. 5º). Tais bens se categorizam como bens públicos de uso *comum*.

Entretanto, os lagos e lagoas situados e cercados por um só prédio particular e que não forem alimentados por correntes públicas não são bens públicos (§ 3º do art. 2º).

São também águas públicas, mas já agora como bens públicos *dominicais*, quaisquer águas que, não respondendo às características indicadas, estejam, contudo, sitas em terras públicas (art. 6º).

9. Rios públicos, portanto, são, além dos situados em terrenos públicos, os navegáveis ou flutuáveis, os de que estes se façam e os que lhes determinem a navegabilidade ou flutuabilidade.

Os rios públicos serão *federais* quando situados em terras federais ou quando banhem mais de um Estado, ou quando sirvam de limite com outros países ou quando se estendam ou provenham de território estrangeiro (art. 20, III, da Constituição). Os demais rios públicos são *estaduais* (art. 26, I, da Constituição).

10. Lagos e lagoas públicos, conforme visto, são os situados em terras públicas ou os que sejam navegáveis ou flutuáveis, ressalvados, neste caso, os situados e cercados por um só prédio particular que não sejam alimentados por correntes públicas.

Os lagos e lagoas públicos serão *federais* quando situados em terras federais, ou quando banhem mais de um Estado ou sirvam de limite com território estrangeiro (art. 20, III, da Constituição). Serão *estaduais* nos demais casos (art. 26, I, da Constituição).

11. Os *potenciais de energia hidráulica* são bens públicos pertencentes à União, por força do art. 20, VIII, da Constituição.

b) Bens do domínio terrestre

12. Dentre os bens do domínio terrestre *do solo* convém distinguir e referir as terras devolutas, os terrenos de marinha, os terrenos marginais (ou ribeirinhos), os terrenos acrescidos e as ilhas.

Além destes bens há outros, arrolados no art. 20 como *bens da União*: sítios arqueológicos e pré-históricos, terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (os quais terão sobre elas posse permanente, conforme o art. 231, § 1º, da Constituição), *recursos minerais, inclusive do subsolo*, e também alguns bens subterrâneos, como as cavidades naturais subterrâneas, e submarinos, caso dos recursos naturais da plataforma continental e da zona de exploração exclusiva.

Domínio do solo

13. Terras devolutas – São as terras *públicas* não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial. Sua origem é a seguinte. Com a descoberta do país, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las (quando então lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob pena de "comisso", isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, *se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas*. Com a independência do país passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado Brasileiro.

14. Pode-se definir as terras devolutas como sendo as que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo.

15. É bem de ver que, ao longo da História, houve inúmeras ocupações, bem como transações entre particulares envolvendo terras públicas. Ao tempo do Império procurou-se dar uma disciplina à caótica situação fundiária do país, com a precitada Lei 601, de 18.9.1850, e seu Regulamento, n. 1.318, de 30.1.1854, cujas diretrizes-mestras persistiram no decorrer do tempo.

Estas normas pioneiras, das quais procede a originária definição de terras devolutas (art. 39 da lei), estabeleceram a proibição de alienar gratuitamente terras públicas, salvo nos limites do Império, numa extensão de 10 léguas (66km), em que podia haver concessões gratuitas, para fins de povoamento (arts. 1º da lei e 82 do regulamento). Os que se apossassem de terras públicas sujeitavam-se a multas e prisão, sendo nominados de "delinquentes" (arts. 2º da lei e 87 do regulamento), *o que bem demonstra a inadmissibilidade do usucapião de tais imóveis*.

Além disto, a sobredita lei e respectivo regulamento trataram de regularizar globalmente a propriedade fundiária dos particulares no Brasil.[5]

5. Fizeram-no através das seguintes providências: a) consideraram como *de per si titulados* tanto os sesmeiros e concessionários que cumpriram regularmente suas obrigações ou haviam sido delas dispensados por ato competente *quanto os que tinham havido suas terras de particulares mediante "título legítimo", considerando-se como tais quaisquer atos então hábeis para translação de domínio, desde que o imposto de transmissão houvesse sido pago, ainda que os outorgantes houvessem sido sesmeiros ou concessionários inadimplentes ou mesmo simples posseiros*. O mesmo se admitiu em relação a companhias colonizadoras que haviam medido e demarcado tempestivamente as terras; b) deferiram *legitimação* a primeiros ou segundos ocupantes das terras, se nelas houvesse cultura ou princípio de cultura e morada habitual do posseiro ou seu representante, bem como aos que as adquiriram de primeiro ocupante que as tenha possuído até a data do regulamento e as alienou sem tirar o título a que aludia o art. 11 do referido diploma e ainda aos que as houveram, por compra e venda ou doação, do primeiro ocupante e pagaram o imposto de transmissão após a publicação do regulamento; c) deferiram *revalidação* a atos concessivos caducos quando, embora descumpridas as condições de outorga, ainda estivessem em poder dos primeiros sesmeiros ou concessionários e nelas houvesse cultura ou princípio de cultura e morada habitual dos beneficiários ou representantes seus.

16. Com o advento da Constituição Republicana, *em 1891*, instaurada a Federação, *as terras devolutas foram trespassadas aos Estados pelo art. 64*, reservando-se à União tão somente as terras indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Atualmente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, inciso I, estatui que são bens da União "os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos", e no inciso II refere "as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei".

Os Estados, de seu turno, a partir da Constituição de 1891, trespassaram, em suas Constituições e/ou Leis Orgânicas dos Municípios, parte destas terras devolutas às Municipalidades. No Estado de São Paulo, a última Lei Orgânica editada pelo Estado (Decreto-lei Complementar 9, de 31.12.1969) – já que, hoje, cada Município edita a própria Lei Orgânica, na conformidade do art. 29 da Constituição Federal – outorgava aos Municípios paulistas em geral as terras devolutas sitas em um raio de 8km do ponto central do Município e de 6 contados do ponto central dos seus Distritos. Ao Município da Capital, além das que se encontram em um raio já agora de 8km do ponto central dos Distritos, pertencem também as que se encontram em um raio de 12km a partir da Praça da Sé. Estas são, portanto, as terras devolutas municipais.

As terras devolutas são bens públicos *dominicais*. Com exceção das terras devolutas sitas na "faixa de fronteira" – que é "a faixa de 150km de largura, ao longo das fronteiras terrestres, considerada fundamental para a defesa do território nacional" (§ 2º do art. 20 da Constituição) – e que pertencem à União, por força do art. 20, II, da Lei Magna, as demais, que não hajam sido trespassadas aos Municípios, são de propriedade dos Estados.

17. Terrenos de marinha – São as faixas de terra fronteiras ao mar numa largura de 33m contados da linha do preamar médio de 1831 para o interior do continente, bem como as que se encontram à margem dos rios e lagoas que sofram a influência das marés, até onde esta se faça sentir, e mais as que contornam ilhas situadas em zonas sujeitas a esta mesma influência. Considera-se influência das marés a oscilação periódica do nível médio das águas igual ou

Foi deste modo que se estratificou juridicamente a propriedade privada no Brasil a partir do Império. Depois disto, houve, ainda, seguidos atos de legitimação, revalidação e reconhecimento de posses ao largo de nossa História.

superior a 5cm (art. 2º e parágrafo único do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946).

Tais terrenos pertencem à *União*, conforme art. 20, VII, da Constituição Federal, e se constituem em bens públicos *dominicais*. Não devem ser confundidos com praias, que são bens públicos federais (art. 20, IV, da Constituição) *de uso comum* e que também pertencem à União.

Entende-se por *praia*, consoante definição que lhe dá o § 3º do art. 10 da Lei 7.661, de 16.5.1988 (que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro), "a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema." A linha da vegetação natural referida no dispositivo é habitualmente conhecida como "linha de jundu". É esta linha que, como anota Diógenes Gasparini,[6] à falta da demarcação do preamar médio de 1831, é utilizada na prática para iniciar a contagem dos terrenos de marinha, inobstante assim se desatenda à dicção legal.

18. Terrenos reservados – Terrenos marginais, também chamados de reservados ou ribeirinhos, são bens públicos constituídos pelas faixas de terra à margem dos rios públicos livres da influência das marés, numa extensão de 15m, contados da linha média das enchentes médias ordinárias, conforme o art. 4º do Decreto-lei 9.760 e o art. 14 do Código de Águas (Decreto 24.643, de 10.7.1934). Excluem-se, entretanto, dos reservados os marginais das correntes públicas que apenas concorrem para tornar outras navegáveis ou flutuáveis.

São de propriedade *da União* quando marginais de águas doces sitas em terras de domínio federal ou das que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou, ainda, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (art. 20, III, da Constituição). Por seguirem o destino dos rios, são de propriedade *dos Estados* quando não forem marginais de rios federais.

Em tempos houve quem, erroneamente, sustentasse que sobre eles não havia propriedade pública, mas apenas servidão pública. Hoje a matéria é pacífica, havendo súmula do STF (n. 479) reconhecendo o caráter público de tais bens, ao confirmar acórdão do TJSP[7]

6. *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 514.
7. In *RT* 379/149.

no qual a matéria fora exaustivamente aclarada pelo relator, Des. O. A. Bandeira de Mello, o qual, em trabalhos teóricos anteriores, já havia examinado *ex professo* o assunto.[8] De resto, hoje, no art. 20, VII, da Constituição, a questão está expressamente resolvida.

Os terrenos reservados são bens públicos dominicais (art. 11 do Código de Águas).

19. Terrenos acrescidos – São os que, por aluvião ou por avulsão, se incorporam aos terrenos de marinha ou aos terrenos marginais, aquém do ponto a que chega o preamar médio ou do ponto médio das enchentes ordinárias, respectivamente, bem como a parte do álveo que se descobrir por afastamento das águas (art. 16 do Código de Águas). São bens dominicais se não estiverem destinados ao uso comum e sua propriedade assiste à entidade pública titular do terreno a que aderiram, salvo se, por algum título legítimo, estiverem em propriedade privada (§ 1º do art. 16).

20. Ilhas – De acordo com o art. 20, IV (com a redação dada pela Emenda 46, de 5.5.2005), as ilhas *fluviais* e *lacustres* nas zonas limítrofes com outros países pertencem à União. As outras ilhas fluviais e lacustres pertencem aos Estados, por força do art. 26, III. Ainda de acordo com o art. 20, IV, também pertencem à União as *ilhas oceânicas* e as *costeiras*, salvo se contiverem sedes de Municípios, quando, então, serão municipais. Neste caso, serão da União apenas as áreas afetadas a serviço público federal ou unidade ambiental federal. Outrossim, escapam do domínio da União as ilhas *oceânicas e costeiras* referidas no art. 26, II – isto é, as que estiverem sob o domínio de Estados, de Municípios ou de terceiros.

As ilhas públicas são bens *dominicais*, salvo quando se lhes tiver dado outro destino (art. 25 do Código de Águas).

Domínio do subsolo

21. Como dantes se mencionou (n. 12), pertencem ao domínio público, no subsolo, as cavidades subterrâneas, conforme o art. 20, X, da Constituição, e as jazidas minerais do subsolo, conforme o inciso IX do mesmo artigo. De resto, tais jazidas também são de domínio público quando sitas no próprio solo, como resulta do men-

8. In *RDA* II/17.

cionado artigo e inciso, bem como do art. 176. Tais bens são *dominicais* e, por força dos citados dispositivos, pertencem à *União*.

VI. Formas de aquisição e alienação de bens públicos

22. Os bens públicos adquirem-se pelas mesmas formas previstas no Direito Privado (compra e venda, doação, permuta etc.) e mais por formas específicas de Direito Público, como a desapropriação ou a determinação legal.[9] Esta última hipótese tem lugar, *e.g.*, como bem anota Diógenes Gasparini,[10] quando, em decorrência de loteamento e nos termos do art. 22 da Lei 6.766, de 19.12.1979, passam para o domínio público as áreas nele obrigatoriamente previstas para vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo.[11]

23. A alienação de bens públicos só pode ter lugar nos termos e forma legalmente previstos, como, de resto, consta do precitado art. 101 do Código Civil. A Administração, para alienar bens públicos, depende, no caso de bens imóveis, de autorização legislativa, nor-

9. O art. 25 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.7.2001) instituiu em favor do poder público municipal um direito de preempção, isto é, preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, sempre que o Poder Público necessitar da área para certas finalidades de interesse urbanístico mencionadas no art. 26, como, por exemplo, regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes etc. Nas áreas sobre as quais incidirá o direito de preferência, previamente delimitadas por lei municipal, o proprietário que deseje alienar seu imóvel deverá notificar o Município para que este, no prazo máximo de 30 dias, manifeste seu interesse em comprá-lo nas mesmas condições em que outrem o faria, e que devem estar estampadas em proposta escrita e assinada (art. 27 e § 1º).

10. Ob. cit., p. 363.

11. Desde o Decreto-lei 271, de 28.2.1967 (art. 4º), passam à propriedade pública, a partir do registro do loteamento (dantes denominado "inscrição") no Registro Imobiliário, "as vias e praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo". Equivalente dispositivo encontra-se, hoje, no art. 22 da Lei 6.766, de 19.12.1979. Antes dos aludidos diplomas, quando da vigência do Decreto-lei 58, de 10.12.1937, a integração de tais áreas no patrimônio público dava-se, segundo entendemos, com a efetiva utilização pública das vias e praças. Com efeito, à época, o art. 3º do citado decreto não outorgava ao ato registral as mesmas consequências que lhe foram irrogadas pelo Decreto-lei 271 e pela Lei 6.766, pois limitava-se a estabelecer que ficariam "inalienáveis".

malmente explícita, embora se deva admitir que há casos em que aparece implicitamente conferida. Dita alienação deve ser precedida da avaliação do bem e de licitação, tudo conforme preveem os arts. 17 e 19 da Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos), com as ressalvas ali estabelecidas no que tange à autorização legislativa e aos casos de dispensa de licitação. A Lei 9.636, de 15.5.1998, com inúmeras modificações ulteriores, a última das quais introduzida pela Lei 12.058, de 13.10.2009 – é a lei mais geral sobre alienação de imóveis da União. Seu art. 31 previu que, a critério do Presidente da República, poderiam ser doados a Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações, empresas públicas, tanto federais quanto de quaisquer destas esferas, assim como a "fundos públicos nas transferências destinadas à realização de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social" ou aos próprios "beneficiários de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, para cuja execução seja efetivada a doação".

Conforme já dantes se anotou, de acordo com os arts. 49, XVII, e 188, § 1º, da Constituição Federal, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares, depende de aprovação do Congresso Nacional, manifestada por decreto legislativo, ressalvado o caso de alienações ou concessões de terras para fins de reforma agrária.

VII. Formas de utilização dos bens públicos pelos administrados

24. A utilização de bens públicos pelos particulares, como é natural, depende do tipo do bem (bem de uso comum, de uso especial e dominical), mas se propõe em relação a quaisquer destas categorias. Assim, devem ser discernidas as modalidades de uso, conforme se trate de bem de uma ou outra tipologia.

a) Utilização dos bens de uso comum

25. É sabido que os bens de uso comum, como ruas, praças, estradas, rios, mares etc., são os abertos *à livre utilização de todos.*

Entretanto, a variedade de usos por eles comportados[12] leva a que se indague em que condições estão abertos a *esta indiscriminada utilização que lhes é característica qualificadora.*

26. Importa fixar, de logo, que os bens de uso comum, como o nome o indica, fundamentalmente servem para serem utilizados *indistintamente por quaisquer sujeitos, em* ***concorrência igualitária e harmoniosa com os demais****, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar.* Este é o seu uso comum.

Donde, para esta utilização *comum, ordinária e correspondente à própria destinação que têm* (por exemplo, transitar por uma rua, sentar-se nos bancos de uma praça, tomar sol em uma praia, nadar no mar) *prescinde-se de qualquer ato administrativo que o faculte ou do dever de comunicar previamente à autoridade a intenção de utilizá-los.* Tal aquiescência também é prescindível se o uso, embora não seja o inerente à sua destinação principal, específica, incluir-se entre as destinações secundárias neles comportadas e, demais disto, não for de molde a determinar sobrecarga do bem ou transtorno à *igualitária* e *concorrente* utilização dos demais (por exemplo, empinar papagaio em uma praça pública).

O uso do bem nos termos indicados – repita-se – é que é o seu *uso comum.* Donde, tal uso é que é *livre a quaisquer sujeitos*, independentemente de manifestação administrativa aquiescente.

12. Com efeito, por suas próprias conformações intrínsecas, tais bens possuem aptidões *físicas* para utilizações muito variadas. É possível, entretanto, neles reconhecer-se uma destinação *jurídica* própria, aí se discernindo também uma destinação *principal*, além de destinações *secundárias* ou *acessórias*. Demais disto, tais bens possuem ou podem possuir outras serventias de uso que resultam *meramente de sua configuração física*. Veja-se: é perceptível que as ruas têm como destinação jurídica principal prestarem-se para a circulação de veículos e, nas calçadas, de pedestres. Sem embargo, estas, tanto como as praças (cuja destinação principal é o repouso, o lazer das pessoas), prestam-se, como destinação acessória ou secundária, para manifestações artísticas ou culturais. Ou, ainda, para instalações de feiras livres, de bancas de jornais, de mesinhas de bares e restaurantes, de quiosques para venda de cigarros. E tudo isto em proveito não só de quem os explore comercialmente, mas dos próprios transeuntes. Contudo, a conformação natural das ruas também lhes confere aptidão, já agora *meramente física*, para eventos esportivos, como corridas pedestrianísticas, ciclísticas e até automobilísticas. Estes últimos *não coincidem com a destinação jurídica* (principal ou secundária) das ruas. Sem embargo, *transitoriamente*, em caráter *episódico e por tempo breve*, podem ser adscritos a tal uso.

27. É claro que a sobredita utilização far-se-á na conformidade das *normas gerais*, aplicáveis a todos. Assim, por exemplo, os veículos podem trafegar nas ruas, mas terão de respeitar as regras de trânsito (mãos de direção, sinais de trânsito etc.). A navegação nos mares pode ser empreendida por qualquer pessoa, mas desde que tenha a habilitação correspondente: licença de arrais, de mestre etc.

Além disto, dependendo do que as leis estabeleçam, o uso comum pode ser gratuito ou remunerado. Assim, a circulação de veículos nas estradas é livre, mas seus condutores, para fazê-lo, terão que pagar o "pedágio" acaso estabelecido.

Ao dizer-se que o uso é livre, está-se caracterizando que ele independe de algum ato administrativo reportado a alguma individualização especificadora de tal ou qual utente. Assim, *v.g.*, o pagamento de pedágio, a que se vem de aludir, é condição geral imponível a quaisquer condutores de veículos – e não decisão individualmente tomada à vista deste ou daquele usuário.

28. Além do uso *comum* dos bens de uso comum, isto é, deste uso livre, podem ocorrer hipóteses em que alguém necessite ou pretenda deles fazer *usos especiais*, ou seja, que se afastem das características dantes apontadas, por implicarem *sobrecarga* do bem, *transtorno* ou *impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros* ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma *exclusividade* no uso sobre parte do bem.

Em tais situações, ora será indispensável (a) *a prévia manifestação administrativa* concordante (autorização de uso ou permissão de uso), ora será necessário (b) dar prévia ciência à Administração de que se pretende fazer determinada utilização de um certo bem público de uso comum, para que o Poder Público possa *vetá-la*, se for o caso. Com efeito, nestes casos não mais se estará ante o uso *comum*, mas ante usos *especiais*.

É o que ocorre perante as seguintes diferentes hipóteses, a saber:

29. (1) Quando o uso de tais bens, embora correspondente à destinação *específica*, principal, que lhes é própria, for *extraordinário*, isto é, efetuado em condições incomuns, causadoras de incômodos ou transtornos para o uso de terceiros ou onerosas para o próprio bem. É o que sucede, *e.g.*, quando se trate de transitar nas estradas com veículos excepcionalmente longos ou que transportem carga de peso excessivo (turbinas, implementos mecânicos de grande porte). Trata-se, aí, bem se vê, de um uso invulgar e que só episódica e ex-

cepcionalmente pode ser efetuado, mediante prévia manifestação administrativa concordante, mediante *licença* ou *autorização*, conforme o caso. *Licença*, quando a utilização para quem a solicite, for razoavelmente qualificável como indispensável e *autorização* quando não tiver tal caráter.[13]

30. *Autorização de uso de bem público* é o ato unilateral pelo qual a autoridade administrativa faculta o uso de bem público para utilização episódica de curta duração.

31. (2) Quando a utilização pretendida, embora compatível com as destinações secundárias, comportadas pelo bem, implicar *impedimentos à normal utilização concorrente de terceiros* segundo a destinação principal do logradouro público. É o que ocorre no caso de comícios, passeatas e demais manifestações em que deliberadamente se promova grande concentração de pessoas cuja presença, evidentemente, obstará à normalidade do uso do bem pela generalidade das pessoas.

O que vem de ser dito apenas aparentemente colidiria com o disposto no art. 5º, XVI, da Constituição, cujos termos dispõem: "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

O que se há de extrair do citado preceptivo constitucional é que a Administração não pode obstar às reuniões a que alude a Constituição, em locais abertos ao público, mas daí não se há de extrair que possam efetuar-se em quaisquer locais dentre os abertos ao público, ainda que isto cause sérios inconvenientes para a coletividade.[14]

13. Assim, se o exercício de dada atividade empresarial demanda rotineiramente o uso de uma via pública para transporte de sua produção ou dos insumos que lhe são necessários, e estes se constituem em objetos muito pesados ou que demandam veículos muito longos, não se poderia negar-lhe o direito de utilização da via – daí ser o caso de licença, se a passagem por ela demandar, para segurança dos usuários, um horário predeterminado.

14. Não seria de supor que a Constituição estivesse, com tal dispositivo, facultando que as distintas facções políticas, mais as inúmeras entidades sindicais ou agrupamentos de trabalhadores, mais quaisquer contingentes de pessoas interessadas na propagação de ideias (religiosas, culturais, humanitárias, sociais etc.), pudessem promover, onde melhor lhes parecesse e com a frequência que lhes apetecesse, concentrações capazes de implicar a interrupção de vias de grande circulação, como, *v.g.*, em São Paulo, a Av. Paulista, a Av. São João, Av. Ipiranga ou, no Rio de Janeiro, Av. Rio Branco ou outras da mesma importância. Fosse isto possível, artérias como

Assim, se a Constituição estabeleceu que ditas reuniões independem de autorização para se efetuarem, *não significou com isto que a Administração, previamente comunicada – como refere o texto –, não tenha o poder de vetar o local escolhido para tanto, desde que esteja estribada em razões prestantes*, justificáveis, e que deixe em aberto para os interessados inúmeros outros locais públicos, cuja utilização não frustre os objetivos ou a ressonância da reunião pretendida. Eventuais abusos administrativos – sempre possíveis, reconheça-se – serão corrigíveis pelo Poder Judiciário, a instâncias dos agravados, como é normal.

Deveras, consoante ensinou o eminente Carlos Maximiliano: "Deve o Direito ser interpretado inteligentemente; não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".[15]

32. (3) Quando o uso do bem, comportado em suas destinações secundárias, compatível, portanto, com sua destinação principal e até mesmo propiciando uma serventia para a coletividade, implicar ocupação de parte dele com caráter de *exclusividade* em relação ao uso propiciado pela sobredita ocupação. É o caso de quiosques para venda de cigarros ou refrigerantes, de bancas de jornais ou de utilização das calçadas para colocação de mesinhas diante de bares ou restaurantes. Nestas hipóteses a sobredita utilização depende de *permissão de uso de bem público*.

33. Permissão de uso de bem público é o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgada mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição). Foi dito "sempre que possível", pois, em certos casos, evidentemente, não haveria como efetuá-la. Sirva de exemplo a já mencionada hipótese de solicitação, feita por quem explore bar ou restaurante, para instalar mesinhas na calçada lindeira ao estabelecimento.

as aludidas estariam com alarmante regularidade subtraídas à sua destinação principal, com os consequentes transtornos sérios para toda a coletividade, assim agravada para atender aos interesses, ainda que respeitáveis, de uma simples fração dela. Não se pode admitir que o interesse do todo seja sobrepujado pelo interesse de alguma ou algumas de suas partes.

15. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Livraria do Globo, 1933, p. 183.

34. (4) Quando a utilização do bem de uso comum for anormal, por excluí-lo, embora transitória e episodicamente, de suas destinações próprias, em vista de proporcionar, ocasionalmente, um uso comportado pelas características físicas do bem, mas diverso de suas jurídicas destinações. É o que ocorre quando há fechamento de vias públicas para realização de corridas de pedestrianismo, ciclísticas ou automobilísticas, com a temporária exclusão explícita de sua utilização pelos demais usuários. Para utilizações deste gênero é necessário *autorização* administrativa.

b) Utilização dos bens de uso especial

35. Como os bens de uso especial são aqueles onde estão instaladas repartições públicas, compreende-se que, como regra, o uso que as pessoas podem deles fazer é o que corresponda às condições de prestação do serviço ali sediado. Assim, *e.g.*, o acesso a um museu, a um teatro, a um campo de futebol ou ginásio esportivo públicos dar-se-á nos termos regentes da utilização dos serviços.

Sem embargo, casos há em que os administrados podem obter um *uso exclusivo* sobre partes das áreas de bens de uso especial, por ser esta justamente a destinação das sobreditas áreas. É o que se passa nos mercados públicos e centros de abastecimento. O Poder Público, então, defere, mediante licitação, permissão de uso ou concessão de uso destes "boxes" onde se instalarão os comerciantes interessados.

36. A *concessão de uso de bem público* é o contrato administrativo pelo qual, como o nome já o indica, a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade específica. Se o Poder Público, instado por conveniências administrativas, pretender rescindi-la antes do termo estipulado, terá de indenizar o concessionário.

c) Utilização dos bens dominicais

37. A utilização por particulares, em caráter exclusivo, de bens dominicais pode resultar de diferentes atos jurídicos. A saber: locação, arrendamento, comodato, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial, a autorização de uso e enfiteuse.

É desnecessário fazer referências à locação, ao arrendamento e ao comodato, por serem institutos largamente conhecidos na esfera

do Direito Privado. É indispensável registrar, entretanto, que o comodato, por ser instituto caracterizado pela gratuidade, só pode ser conferido a instituições que desenvolvam atividades de utilidade pública, sem fins lucrativos, ou, então, a servidores públicos, nos termos de lei.

Na esfera federal, irrealisticamente, o Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, estatui que a locação obedecerá unicamente às disposições nele constantes, entre as quais se inclui a de que a locação pode ser rescindida por ato unilateral do Poder Público, por conveniência administrativa e sem indenização ao locatário, salvo no que concerne a benfeitorias necessárias (art. 89, § 2º). Será sempre precedida de licitação, como é natural. Resta ver se alguém se interessaria em locar sob tais condições.

Já tendo sido feita menção à permissão de uso e à concessão de uso (ns. 33 e 36), resta referir a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial, a autorização de uso e a enfiteuse, também chamada aforamento.

38. *Concessão de direito real de uso*, instituto previsto no art. 7º do Decreto-lei 271, de 28.2.1967, com a redação que lhe foi dada pela MP 335, de 23.12.2006, convertida na Lei 11.481, de 31.5.2007, é o contrato pelo qual a Administração transfere, por tempo certo ou por prazo indeterminado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado com fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social.

Consoante dispõe o § 4º do preceptivo citado, salvo reserva contratual, o direito por ela instaurado é transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, como os demais direitos reais sobre coisas alheias.

Desde logo diverge da simples concessão de uso pelo fato de que, ao contrário daquela – na qual apenas se compõe um direito de natureza obrigacional (isto é, pessoal) –, instaura um direito real.

Possui, então, como características inerentes sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de sequela, que enseja a persecução do bem. É exclusivo, vale dizer, sobre o bem em que recai não incidirá outro direito da mesma espécie, e é protegido por ação real, graças ao quê "prevalece contra qualquer que detenha a coisa". É oponível *erga omnes*, ou seja, contra todos, pois confere ao titular a

prerrogativa de vê-lo respeitado por quaisquer sujeitos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço. Seu exercício independe da colaboração de terceiro; faz-se de per si, diretamente na relação entre o sujeito e a coisa, ao contrário dos direitos pessoais.

39. A concessão do direito real de uso é um instituto aparentado com o velho "direito de superfície". Sem embargo da parentela com o direito de superfície, o certo é que com as características atribuídas pelo Decreto-lei 271 ganhou fisionomia específica, em que sobressai seu caráter *conaturalmente resolúvel*, conforme consta do próprio art. 7º, precitado, se (a) o concessionário distrair o bem da destinação contratualmente estabelecida ou (b) descumprir cláusula resolutória do ajuste, consoante dispõe o § 3º do mesmo preceptivo.

Além disto, ao contrário do tradicional direito de superfície, que, como o próprio nome indica, respeita à "superfície" de um imóvel, a concessão do tradicional direito real de uso, como já se disse, *não tem seu âmbito de aplicação circunscrito ao nível do solo*, pois o art. 8º do mesmo diploma estabelece que "é permitida a concessão de uso do *espaço aéreo* sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que for regulamentada".

Note-se que a referência normativa explícita ao espaço aéreo impõe o entendimento de que seu uso pode ser concedido *autonomamente*, isto é, desligado do solo, e não, portanto, como simples resultante ou consequência da concessão do uso do solo.[16]

40. A *concessão de uso especial para fins de moradia* foi prevista no art. 4º, V, letra "h" do Estatuto da Cidade, mas tendo sido vetados os dispositivos que dela tratavam, só veio a ser regulada pela inconstitucional (porque expedida fora dos pressupostos constitucionais) MP 2.220, de 4.9.2001, mas que persistiu no Direito Positivo brasileiro em decorrência do art. 2º da Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001.

De acordo com este inconstitucional diploma, quem, *até 30 de junho de 2001*, haja possuído como seu, por cinco anos ininterruptos

16. No Direito brasileiro da atualidade foi criado um direito de *superfície* includente do "espaço aéreo" e do "subsolo" (compondo, portanto, uma "supersuperfície" e uma "subsuperfície"!), conforme resulta do § 1º do art. 21 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.7.2001).

Entretanto, nem um, nem outro, foram contemplados autonomamente, ao contrário do que nos parece ter ocorrido com a concessão do direito real de uso.

e sem oposição, imóvel público urbano de até 250m², utilizando-o para sua moradia, tem direito à concessão de uso especial, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural (art. 1º). Contudo, se a ocupação acarretar risco de vida ou à saúde dos ocupantes o Poder Público assegurará o direito em questão em outro imóvel (art. 4º) e, se o imóvel for de uso comum do povo, destinado a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional, de preservação ambiental e proteção dos ecossistemas naturais, reservado à construção de represas e obras congêneres, ou situado em via de comunicação, é *facultado* ao Poder Público assegurar dito direito em outro imóvel (art. 5º).

Caso se trate de área com mais de 250m², ocupada como moradia por população de baixa renda, onde não for possível identificar por possuidor os terrenos ocupados, a concessão de uso especial será conferida de forma coletiva, atribuindo-se a cada qual fração ideal igual e que não poderá ser superior a 250m² (art. 2º e §§ 2º e 3º).

O possuidor, para fins de contar o prazo de cinco anos exigido "pode acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas" (§ 1º do art. 2º).

Aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos sitos em área urbana e com os mesmos limites de dimensão referidos, fica assegurada, na forma de regulamento, a opção de exercer os direitos à mencionada concessão de uso especial para fins de moradia (art. 3º).

O título recognitivo do direito à concessão de uso especial para fins de moradia é gratuito (art. 1º, § 1º) e será obtido pela via administrativa ou pela via judicial, mediante sentença, se a Administração se omitir ou recusar (art. 6º) e servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis (§ 4º).

A Administração disporá de doze meses, contados do protocolo do pedido, para expedir o título (§ 1º), o qual é transferível por ato *inter vivos* ou *mortis causa* (art. 7º), mas se extingue se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou sua família ou se adquirir a propriedade ou concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural (art. 8º).

A já citada MP 292, de 26.4.2006 (também ela expedida fora dos pressupostos constitucionais – com o quê, todavia, nem o Legislativo nem o STF se importam minimamente), ao produzir modificações na Lei 9.636, de 15.5.1998, concernente a imóveis da União, dispôs que a concessão em apreço pode incidir sobre tais bens, inclusive sobre terrenos de marinha e acrescidos. É o que consta do

art. 22-A, introduzido na lei pela referida medida provisória e mantido pela MP 335, de 23.12.2006, que tornou a regular a matéria.

41. A *autorização de uso* é um instituto também previsto na inconstitucional MP 2.220. A Administração *poderá* conferi-lo a quem, *até 30 de junho de 2001*, possuiu como seu, em área urbana, imóvel público de até 250m², utilizando-o para fins comerciais. Nota-se que não estando criado um direito para o administrado, mas uma simples possibilidade, cuja concreção foi deixada ao critério do Poder Público, estão abertas portas para favoritismos ou perseguições.

Ao nosso ver esta liberdade ilimitada quanto à decisão é inconstitucional pela ausência de pautas que permitiriam controlar a obediência ou desobediência ao princípio constitucional da igualdade.

42. A *enfiteuse* (aforamento) de bens federais, instituto regulado nos arts. 99 a 124 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, e na Lei 9.636, de 15.5.1998, pode ser definida, nas expressões de Orlando Gomes, como o direito real sobre coisa alheia "que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual e a de conservar-lhe a substância".[17]

Enfiteuse ou aforamento, que são expressões equivalentes, só se confere sobre imóveis, e, em rigor, ao conceito formulado seria preciso acrescentar que a renda é certa e invariável e que o direito real em apreço é transferível, onerosa ou gratuitamente, desde que seja dado aviso ao senhorio, isto é, ao titular da propriedade.

No caso de venda ou dação em pagamento, este tem direito à preferência para consolidar o domínio em seu favor. Não se valendo dela, faz jus ao laudêmio, que é uma percentagem fixa sobre o valor da transferência. Nos termos do Decreto-lei 2.398, de 21.12.1987, tal percentual é de 5%.

O proprietário da coisa denomina-se *senhorio* e seu domínio é chamado direto. O beneficiário do direito real denomina-se foreiro ou enfiteuta e seus direitos sobre a coisa são designados como domínio útil.

A renda que anualmente pagará ao senhorio chama-se *foro*, *cânon* ou *pensão*, e corresponde a 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel; se por três anos consecutivos ou quatro intercalados deixar

17. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 397.

de pagá-la sofre o comisso, isto é, a perda do aforamento, consolidando-se o domínio pleno em favor do proprietário.

O enfiteuta dispõe dos mais amplos poderes sobre o bem: pode usá-lo, gozá-lo e dispor dos frutos, produtos e rendas, mas não pode mudar-lhe a substância ou deteriorá-lo.

Faculdade 7 de Setembro
FA7
Fortaleza
Ceará

PARTE V
O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Capítulo XVIII – PANORAMA DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Capítulo XIX – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL. Capítulo XX – RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR COMPORTAMENTOS ADMINISTRATIVOS. Capítulo XXI – A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercitar, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais). Tais controles envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade quer aspectos de legitimidade.

Além disto são previstos controles de legitimidade que devem ser efetuados por outros braços do Estado: Legislativo, por si próprio ou com auxílio do Tribunal de Contas, e Judiciário, este atuando sob provocação dos interessados ou do Ministério Público.

Convém, pois, ter-se um *panorama desta multiplicidade de controles*.

Dentre todos os controles o mais importante, evidentemente, é o que se efetua, a pedido dos interessados, por meio do Poder Judiciário. Quando se trata de contrastar a conduta administrativa vinculada com as normas que a presidem, não se propõem dificuldades jurídicas de monta. Quando, todavia, a Administração atuou fundada em norma da qual decorria algum espaço de *discrição administrativa*, o exame da legitimidade de sua ação pode se tornar tormentoso. Com efeito, tratar-se-á, aí, de verificar se, a pretexto de exercitar a discrição, de que efetivamente dispunha, não ocorreu uma extrapolação dela. Isto pode ocorrer por diferentes razões.

Às vezes, será por incursão em conduta maliciosa ou não, mas desgarrada do fim a que teria de aportar, ou desencontrada com os meios que lhe corresponderiam: casos de "desvio de poder". Outras vezes, será por desbordar da razoabilidade ou da proporcionalidade a que teria de se adscrever na avaliação da situação em concreto ou na aplicação da providência idônea para aportar em solução consentânea com o sentido da norma aplicanda. Nestas hipóteses é o exame dos motivos do ato, ou de sua "causa", que oferece relevantes subsídios para o controle.

De fora parte tais controles, ou como consequência deles, se a Administração houver causado danos aos administrados em decorrência de atos ilícitos ou mesmo em certos casos de atos lícitos, irrompe para ela o dever de indenizar o lesado. Cumpre identificar quando e em que termos se propõem estas situações.

Por último, é necessário verificar quais os limites temporais a que a Administração tem de se adscrever para a prática dos atos em que controla a própria conduta ou a conduta alheia, assim como os limites temporais a que os administrados estão cingidos para poderem reagir contra atuações administrativas.

De todas as questões mencionadas trata-se nos capítulos finais, a saber: "Panorama do controle da Administração Pública", "Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional", "Responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por comportamentos administrativos" e "A prescrição no Direito Administrativo".

Capítulo XVIII

PANORAMA DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

I. Controle interno e externo. II. Controle parlamentar direto. III. Controle pelo Tribunal de Contas. IV. Controle jurisdicional (panorama).

I. Controle interno e externo

1. A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a controles internos e externos. *Interno* é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. *Externo* é o efetuado por órgãos alheios à Administração.

Assumida esta codificação terminológica, cumpriria ressaltar que, em relação às entidades da Administração indireta (sem prejuízo dos controles externos), haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe componham a intimidade e aos quais assista esta função, e aqueloutro procedido pela Administração direta. A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa ou paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior.

2. Cumpre consignar que qualquer pessoa pode suscitar o controle da Administração para que seja sancionado o agente que haja incidido em "abuso de autoridade". Tal possibilidade está contemplada na importantíssima, mas, infelizmente, quase ignorada, Lei 4.898, de 9.12.1965, que "regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade". Para fazê-lo, o interessado procederá mediante petição "dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva

sanção" "e/ou ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo crime contra a autoridade culpada" (art. 2º). Para os efeitos desta lei, considera-se autoridade "quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração" (art. 5º).

De transcendente importância é a Lei 8.429, de 2.6.1992, a qual arrola uma cópia de comportamentos qualificados como de "improbidade administrativa", cuja prática assujeita o agente, de fora parte sanções penais, civis ou administrativas, contempladas na legislação competente, a uma série de consequências gravosas, previstas em seu art. 12, tais as de: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil e proibição, por tempo determinado, de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada à apuração de tais ilícitos, sem prejuízo de representar também ao Ministério Público (arts. 14 e 22).

A lei classificou tais atos de improbidade administrativa em três categorias: a) atos de improbidade "que importam enriquecimento ilícito", relacionados no art. 9º; b) atos de improbidade "que causam prejuízo ao erário", arrolados no art. 10; e c) atos de improbidade "que atentam contra os princípios da Administração Pública", descritos no art. 11. Dependendo de o comportamento enquadrar-se em uma ou outra delas, em ordem decrescente, o prazo de suspensão dos direitos políticos varia de um máximo definido entre oito a dez anos a um mínimo de três a cinco anos; as multas civis variam de um máximo de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial a um mínimo de até cem vezes a remuneração do agente; a proibição de contratar e receber benefícios varia de um máximo de dez anos a um mínimo de três anos.

Anote-se, ainda que, a teor da Lei 12.813, de 16.5.2013, art. 12, incorre também em improbidade administrativa, referida na Lei 8.429, o agente público do Poder Executivo federal que, no exercício de cargo ou emprego, ou depois dele, praticar atos que, a teor dos artigos 5º e 6º da referida Lei 12.813/2013, configurem situações por ela qualificadas como hipóteses de *conflitos de interesse*.

Para os efeitos da Lei 8.429/1992, considera-se agente público, na conformidade de seu art. 2º, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades arroladas em seu art. 1º, cuja abrangência é amplíssima.

a) Controle interno

3. Consoante o próprio Texto Constitucional (art. 74), a Administração – de resto, tal como os Poderes Legislativo e Judiciário – deverá manter um sistema integrado de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento; de comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, e de apoiar o controle externo.

Na conformidade do Decreto-lei federal 200, de 25.2.1967 (art. 25), o controle será abrangente dos aspectos administrativo, orçamentário, patrimonial e financeiro, tendo por principais objetivos assegurar, em cada Ministério, a observância da legislação e dos programas do Governo, coordenar as atividades dos distintos órgãos e harmonizá-las com as dos demais Ministérios, avaliar a atuação dos órgãos supervisionados, fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e sua economicidade.

Sob a supervisão ministerial, o controle efetuar-se-á, em todos os níveis, pela Chefia competente, sem prejuízo dos controles setoriais. Mencione-se, ainda, a inconstitucional e palavrosa MP 2.112-87, de 27.12.2000, hoje convertida na Lei 10.180, de 6.2.2001, que "organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências".

Afora as leis já referidas, em tema de controle é de grande importância a Lei 12.846, de 1.8.2013, não só, mas também porque amplia o rol de sujeitos suscetíveis de serem alcançados pela atividade controladora.

Com efeito, sem com isto excluir a responsabilidade de pessoas físicas que hajam, culposa ou dolosamente, concorrido para o malfeito, *ela explicitamente se volta contra as pessoas jurídicas* nacio-

nais ou estrangeiras que incorram em atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nessa Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV – no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública; V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos e entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro. Para os efeitos da lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

Os incursos nestas infrações sujeitam-se, na via administrativa, a multas calculadas sobre o faturamento bruto do último exercício e à publicação extraordinária da decisão condenatória, a expensas do infrator, o que não exclui a obrigação de reparar integralmente o dano causado. A lei admite acordo de leniência (v. Cap. XIII, item 25), nos termos e condições nela previstos (art. 16).

Na esfera judicial, as sanções compreendem, isolada ou cumulativamente, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé; a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica, cabível quando comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.

4. As "normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle de orçamentos e balanços" – regentes da contabilidade pública, assim como de todos os aspectos formais relativos à receita e ao processamento da despesa – estão estabelecidas na Lei 4.320, de 17.3.1964. Em matéria financeira é, ainda, importantíssima a Lei Complementar 101, de 4.5.2000, conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*, inobstante padeça de algumas inconstitucionalidades, fato corriqueiro, entretanto, entre nós, pela naturalidade como são recebidas e aceitas.

5. Quanto ao controle efetuado pela Administração sobre as entidades da Administração indireta (descentralizada), dele já se falou ao tratar das pessoas que a compõem. Remetemo-nos, pois, aos tópicos pertinentes.

6. Nas esferas estaduais, municipais e do Distrito Federal os objetivos do controle interno, *mutatis mutandis*, são, evidentemente, os mesmos, mas a estrutura administrativa variará de acordo com a legislação de cada qual.

b) Controle externo

7. O controle externo compreende (I) o controle parlamentar direto, (II) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria) e (III) o controle jurisdicional.

II. Controle parlamentar direto

8. Sob este tópico será cogitado o controle exercido diretamente pelo Congresso Nacional, isto é, de fora parte, o controle que realiza,

de maneira sistemática e minuciosa, por intermédio do Tribunal de Contas, órgão que o auxilia neste último mister e cujas atribuições serão analisadas subsequentemente.

De acordo com o inciso X do art. 49, entre os atos de competência exclusiva do Congresso incluem-se os de "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta". Este dispositivo está regulamentado pela Lei 7.295, de 19.12.1984.

a) Sustação de atos e contratos do Executivo

9. Atendo-nos, pois, neste passo, à atuação direta das Casas do Parlamento, desde logo, merece ser ressaltado que, nos termos do art. 49, V, ao Congresso Nacional (Senado e Câmara, conjuntamente) compete: "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Aliás, conforme melhor se verá ao depois, cabe-lhe também sustar os contratos padecentes de ilegalidade, a pedido do Tribunal de Contas (art. 71, § 1º).

b) Convocação de Ministros e requerimentos de informações; recebimento de petições, queixas e representações dos administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor

10. Consoante prescreve o art. 50, "a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada". De fora parte estas informações pessoais, outras, por escrito, podem ser exigidas pela Mesa da Câmara ou do Senado, e seu tempestivo desatendimento ou a prestação de informação falsa acarretarão a mesma sanção. É o que dispõe o § 2º do mesmo artigo, *verbis*: "As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação a Ministros de Estado (...) importando crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas".

No cumprimento desta missão fiscalizadora e controladora do Parlamento, as Comissões permanentes de qualquer das Casas Legislativas, em função da matéria de suas respectivas competências, além de "receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das entidades públicas" (art. 58, § 2º, IV), poderão "solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão" (art. 58, V).

c) Comissões Parlamentares de Inquérito

11. Outrossim, uma vez constituídas Comissões Parlamentares de Inquérito – criadas pela Câmara e pelo Senado, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo –, estas terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (cf. art. 58, § 3º).

d) Autorizações ou aprovações do Congresso necessárias para atos concretos do Executivo

12. Sobremais, há numerosos casos especificamente previstos na Constituição em que o Poder Legislativo interfere, necessariamente, para controlar a atividade administrativa. São deste teor as competências exclusivas do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", para "apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de televisão", para "escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União", para "autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de recursos minerais", para "aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares" (art. 49, incisos I, XII, XIII, XVI e XVII).

e) Poderes controladores privativos do Senado

13. Alguns poderes controladores são privativos do Senado Federal. Destarte, a ele compete, consoante o art. 52, incisos III a IX,

aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição, dos Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República, do Presidente e diretores do Banco Central da República, do Procurador-Geral da República (cuja destituição depende de sua aprovação, por votação secreta e com maioria absoluta) e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (aí, em arguição secreta). Compete-lhe, ainda, autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, dos Municípios, Distrito Federal, Territórios, respectivas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal; dispor sobre limites globais e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno, bem como para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

f) Julgamento das contas do Executivo

14. É, ainda, da alçada do Congresso Nacional, de acordo com o inciso IX do precitado art. 49, julgar, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Se ditas contas não forem apresentadas dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (2 de fevereiro, cf. art. 57, na redação da EC 50/2006), a Câmara dos Deputados proceder-lhes-á à tomada (art. 51, II).

g) Suspensão e destituição ("impeachment") do Presidente ou de Ministros

15. Finalmente, cumpre assinalar que, nos termos dos arts. 85 e 86 da Constituição, se ao Presidente da República for irrogada a prática de crime de responsabilidade, denunciada por qualquer cidadão, autoridade ou parlamentar, e a Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, acolher tal acusação, o Senado Federal julgá-lo-á, suspendendo-o imediatamente de suas funções tão logo

instaure o processo. Se condená-lo, destituí-lo-á do cargo, procedendo ao denominado *impeachment*. São crimes de responsabilidade, conforme o art. 85, os atos que atentem contra a Constituição, especialmente contra (I) a existência da União; (II) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; (III) o exercício dos direitos políticos, individuais ou sociais; (IV) a segurança interna do país; (V) a probidade na administração; (VI) a lei orçamentária; e (VII) o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Estes crimes, conforme prevê o parágrafo único do artigo citado, são definidos em lei especial que lhes regula o processo e julgamento. Tal lei é a de n. 1.079, de 10.4.1950. Tal como o Presidente, também os Ministros de Estado podem incorrer em crime de responsabilidade, conforme dantes se referiu.

III. Controle pelo Tribunal de Contas

16. Dispõe o art. 70 da Constituição que ao Congresso Nacional compete realizar controle externo da Administração direta e indireta, exercendo fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, para o quê contará com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71). São amplíssimas, como logo se dirá, as competências fiscalizadoras da Corte de Contas.

a) Compostura e composição do Tribunal de Contas

17. O Tribunal de Contas, órgão cujo poder de administração própria é análogo ao dos Tribunais (órgãos do Poder Judiciário), é integrado por nove membros, denominados Ministros. São requisitos de investidura nestes cargos ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade, idoneidade moral e reputação ilibada, dispor de notórios conhecimentos jurídicos ou contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública e contar com mais de dez anos de exercício de função ou efetiva atividade profissional exigente da espécie de conhecimentos referidos (art. 73 e § 1º). Aos titulares destes cargos são conferidas ou irrogadas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (§ 3º do art. 73). Portanto, gozam de vitaliciedade.

Um terço de seus membros é nomeado pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado Federal, dentre os nomes constantes de lista tríplice composta pelo próprio Tribunal e integrada por auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, escolhidos na conformidade de critérios de antiguidade e merecimento; os dois terços restantes são designados pelo Congresso Nacional (§ 2º do art. 73).

b) Parecer prévio sobre as contas do Presidente

18. Ao Tribunal de Contas assiste apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas anuais do Presidente da República, dentro em sessenta dias de seu recebimento, para encaminhá-las ao julgamento do Congresso Nacional (art. 71, I).

"Contas do Presidente" são, além dos documentos relativos à gestão anual que este é obrigado a exibir (balanços, demonstrativos e anexos previstos no art. 101 da Lei 4.320, de 17.3.1964) para análise *meramente dos aspectos formais*, as que concernem aos atos ou indevidas omissões *próprios e específicos do Chefe do Poder Executivo, de responsabilidade pessoal dele*, vale dizer, *que lhe sejam direta e pessoalmente imputáveis e que, estas sim, terão de passar por um crivo substancial*. Por isto, é curto o prazo de que dispõe o Tribunal de Contas para apreciá-las.[1]

1. Sem embargo, tal competência, diga-se de passagem, tem sido tradicional e erroneamente confundida com a apreciação substancial das contas do Governo, em geral, de tal sorte que, absurdamente, nas órbitas estaduais ou municipais, Tribunais de Contas destas esferas têm rejeitado contas de Governador ou Prefeito, por atos que, muitas vezes, não lhes podem ser diretamente imputáveis, pois não se faz a devida acepção entre o que é de responsabilidade direta das autoridades em questão e o que é de responsabilidade de subordinados seus. Com efeito, possivelmente não há e talvez jamais venha a haver alguma Administração, considerada em seu todo, livre de falha ou irregularidade na gestão de recursos públicos. Sempre existirá algum servidor da Administração direta ou indireta que cometerá deslizes, faltas ou mesmo incorreções graves em detrimento do bom e honesto manejo dos recursos públicos, para não se falar de meras impropriedades técnicas no que concerne a registros relativos a receita e despesa públicas. É um contrassenso absoluto considerar a aprovação das contas do Chefe do Poder Executivo dependente da miríade de atos praticados por terceiros, conquanto agentes da Administração direta ou indireta: atos que, nos respectivos escalões, o Presidente, Governadores e Prefeitos centenas de milhares de vezes sequer poderão saber que foram praticados ou como o foram e se, em cada caso, foi obedecida cada particularizada exigência técnica ou legal. Sem embargo, a sanção pela rejeição de contas do Chefe do Poder Executivo (que ocorrerá se o Legislativo acolher o parecer do Tribunal de Contas neste sentido) é politicamente grave.

Tal prazo seria absolutamente inexequível para a apuração substancial, como tem de ser, da legalidade do conjunto de atos praticados pelo Executivo durante o exercício, tanto mais porque haverá de ser facultada, conforme é devido, ampla defesa aos "ordenadores de despesa", pois as contas destes são, como logo se dirá, "julgadas" pelo Tribunal de Contas, no exercício da competência que lhe confere o inciso II do art. 71.

19. Desde a Lei Complementar federal 64, de 18.5.1990 (art. 1º, letra "g"), a consequência da rejeição, *pelo Congresso*, das contas do Chefe do Poder Executivo é a inelegibilidade deste para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes à decisão. O questionamento judicial da rejeição, entretanto, suspende, enquanto pendente, a consequência aludida.

c) Julgamento das contas dos administradores públicos

20. Nos termos do art. 71, II, compete-lhe julgar as contas dos administradores (da Administração direta e indireta) e dos demais responsáveis por dinheiros e valores públicos, bem como daqueles que derem causa a extravio, perda ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal nas entidades referidas, ressalvadas apenas as nomeações para cargo em comissão, bem como as concessões de aposentadoria, reforma e pensões, salvo melhorias posteriores que não afetem o fundamento legal do ato concessivo; realizar por iniciativa própria, ou da Câmara, do Senado, de Comissão Técnica ou de Inquérito destas, inspeções e auditorias nas unidades administrativas de quaisquer dos Poderes e nas entidades da Administração direta, indireta ou fundacional; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União direta ou indiretamente participe, nos termos do tratado constitutivo; prestar ao Congresso Nacional, a qualquer de suas Casas ou Comissões, as informações sobre fiscalizações, inspeções e auditorias realizadas; aplicar, em caso de ilegalidade de despesas ou contas, as sanções previstas em lei, sendo que suas decisões de imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, conforme o § 3º do art. 71.

21. Demais disto, cabe ao Tribunal de Contas assinar prazo para que seja sanada ilegalidade que verifique no comportamento dos órgãos controlados (inciso IX do art. 71) e, caso não atendido tempes-

tivamente, sustar o ato impugnado, comunicando tal decisão à Câmara e ao Senado (inciso X). Se de contrato se tratar (inciso XI e § 1º do mesmo artigo), o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso, o qual, de imediato, solicitará ao Executivo as medidas cabíveis. Caso um ou outro, dentro em noventa dias, não tome as providências previstas, o próprio Tribunal deliberará a respeito (§ 2º).

22. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, consoante prevê o art. 74, § 2º, é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas.

23. Todas as disposições constitucionais atinentes ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização incumbentes aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal – cujos membros designam-se Conselheiros e serão em número de sete – bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, atendidas as disposições estabelecidas nas respectivas Constituições estaduais (art. 75 e parágrafo único).

IV. Controle jurisdicional (panorama)

24. No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso. Diz o art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito".

25. Importa, então, saber perante que situações deve-se considerar que ocorreu o suficiente para legitimar o administrado a buscar socorro no Poder Judiciário. Viu-se que o Texto Constitucional menciona "lesão ou ameaça a direito". Trata-se, pois, de identificar aquilo que como tal haverá de ser considerado. Nisto, tornamos a abordar questão que já foi examinada em outro ponto deste *Curso* (Capítulo I, ns. 42-46), e que ora convém retomar e aprofundar.

Comece-se por repisar a noção cediça de que, no Estado de Direito, a Administração só pode agir sob a lei. Por isso se diz, generalizadamente, que a Administração, além de estar proibida, como qualquer, de atuar em desacordo com a lei, demais disso, só pode emitir atos jurídicos em conformidade com lei que a habilite a tanto.

26. Por que existe tal sujeição da Administração à legalidade? Qual a razão que levou os povos civilizados a extremar ditas limitações?

O motivo é óbvio.

Eduardo García de Enterría, em trecho já dantes citado, bem o enuncia, dizendo: "La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, *una técnica de garantizar la libertad*. Toda acción administrativa que fuerze un ciudadano a soportar lo que la ley no permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto".[2]

O princípio da legalidade – como é claro a todas as luzes – não se impôs e nem se propõe a ser um mero instrumento de organização burocrática do aparelhamento administrativo do Estado para delinear os contornos de suas unidades internas e desenhar seus correlatos meios de atuação. O que deveras se pretendeu e se pretende com tal princípio, como é óbvio, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social *uma proteção e uma garantia*. Quis-se outorgar-lhes a certeza de que ato administrativo algum poderia impor *limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos* sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei, e que ato administrativo algum poderia *subtrair ou minimizar vantagens e benefícios* que da lei resultariam para os cidadãos se esta fosse observada.

27. Sendo certo, então, que a legalidade não foi concebida para compor o organograma da Administração ou para exibir uma aparência de modernidade das instituições jurídico-administrativas de um país, mas, precisamente, para resguardar as pessoas contra os

2. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madri, Civitas, 1981, p. 48.

malefícios que lhes adviriam se inexistissem tais limitações à Administração, cumpre sacar disto pelo menos a mais óbvia das conclusões – qual seja: a de reconhecer proteção jurisdicional a quem seja agravado por ação ou omissão ilegal do Poder Público *sempre* que isto ocorra.

Com efeito, o princípio da legalidade valeria absolutamente nada, reduzindo-se a uma ficção rebarbativa, caso sua obediência dependesse tão só da vontade do Poder Público ou, na melhor das hipóteses, de um eventual controle provocado ou suscitado por órgãos do próprio Estado ou de algum autor popular.

Dessarte, é imperioso reconhecer que existe direito à proteção judicial toda vez que (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica, ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que se propõe nos termos da lei a aceder e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade.

28. Isto significa que tanto terá direito ao sobredito amparo o contratante da Administração ao qual esta, contrariando a lei, haja reduzido unilateralmente o valor de pagamentos que lhe eram devidos quanto aquele que, residindo em área estritamente residencial, de habitações unifamiliares isoladas, vê-se prejudicado nas condições de vivência, com inevitáveis reflexos sobre o valor de sua propriedade, ante o fato de o Poder Público omitir-se em embargar a construção, nas imediações, de edifício comercial, ou – pior que isto – outorgar licença para tanto em desacordo com a legislação urbanística e edilícia. Igual direito deve-se reconhecer, como dantes se averbou (Capítulo I, ns. 42 e 43), ao trabalhador cujo salário-mínimo, estabelecido pelo Poder Público em desobediência ao previsto no art. 7º, IV, da Constituição, representa menos do que lhe teria que ser pago, não lhe permitindo, pois, como deveria, "atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social".

29. Que espécie de "direito" a ser protegido é este?

Se nos desapegarmos de uma tradição conservadora, inconscientemente atrelada a reminiscências de um período anterior ao Estado de Direito e que, por isso mesmo, vem manejando categorias jurídicas com as mesmas dimensões que tinham em outro quadro

jurídico, será indeclinável reconhecer que este direito, de que ora se fala, é pura e simplesmente um *direito subjetivo* em sua expressão na esfera pública e considerado na dimensão que lhe corresponde no Estado de Direito.

Deveras, a visão tradicional do direito subjetivo, montada em vista de relações privadas, não teve sob seu foco de mira relações de direito público ou situações de direito público que se marcam pelo específico propósito de assujeitar-se o Estado a um completo respeito aos interesses dos indivíduos, mas cuja compostura evidentemente não é idêntica ao universo de situações despertadas pelas relações entre particulares.

Assim, ao ser extrapolada a noção de direito subjetivo do Direito Privado para o Direito Público, apanhou sob sua mirada apenas as situações que se apresentavam mais aparentadas com a estrutura das situações de Direito Privado, pelo quê ficariam ao desamparo aquelas que não reproduzissem tal fisionomia.

O lógico, portanto, é alargar a visão tradicional de direito subjetivo, para colocar em seus quadrantes um universo tão compreensivo quanto aquele que possui em relação ao Direito Privado. Trata-se, em suma, de outorgar-lhe igual nível de funcionalidade em ambos os ramos do Direito, pois não há razão lógica prestante para dimensioná-lo em termos tão angustos que impliquem negar, no Direito Público, proteção a situações que o Estado de Direito reclama estejam sob cabal amparo.

Deve-se aqui, uma vez mais, colacionar lições sempre admiráveis de Eduardo García de Enterría, de acordo com as quais: "Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales *adquiere*, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de la ilegalidad, un *derecho subjetivo* a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restabelezca la integridad de sus intereses". Daí averbar: "Por ello la famosa afirmación de Bachof, decisiva en la evolución práctica y en la interpretación del Derecho alemán, según la cual todas las ventajas (*Begünstigen*) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en *verdaderos derechos subjetivos*, expresa un principio capital del actual Estado de Derecho, pero debe matizarse, para evitar posibles equívocos, con la observación de que la constitución de derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta

por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba".[3]

30. Convém, derradeiramente, alertar contra a gravíssima impropriedade de, nesta matéria, pretender fazer uso da categoria "interesse legítimo", encontradiça no Direito italiano, para fins de desqualificar certas pretensões, negando-lhes a qualidade de direito subjetivo. Cabe a advertência porque, em despeito de se tratar da importação de um conceito inteiramente fora de seu contexto, a revelar cabal desconhecimento do Direito Público italiano (em cujo interior, aí, sim, a categoria é não só justificável, como indispensável), ocorre às vezes de ser utilizada entre nós e, além disto, embora há muitos anos passados, sem que saibamos de recaídas mais recentes, foi canhestramente utilizada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, evidentemente com resultados jurídicos absurdos.

Deveras, ao lume do Direito italiano as normas que regulam as licitações ou os concursos públicos, *e.g.*, não conferem aos que deles desejem participar direito subjetivo a se insurgirem contra certames nos quais hajam sido estabelecidas condições que lhes cerceiem ilegalmente a inscrição. Em tal caso naquele sistema jurídico entender-se-ia que os postulantes só teriam a arguir um "interesse legítimo", e não um direito subjetivo.[4]

3. Ob. cit., pp. 50-51.

4. Os critérios para apartá-los são controvertidos. Tradicionalmente podia-se falar, de modo esquemático, em duas principais orientações. Assim: configuraria "interesse legítimo" aquele em que a norma em questão (a) foi posta no interesse geral, e não no interesse individual. Este é o mais tradicional dos critérios. Foi defendido, entre outros autores mais antigos, por Zanobini; ou (b) consiste em uma norma de ação e não norma de relação, conforme propôs Guicciardi. De acordo com este autor as normas de ação apenas regulam objetivamente o proceder da Administração, e delas derivam os interesses legítimos. As normas de relação disciplinam situações derivadas de relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado, e delas emanam os direitos subjetivos. Entre tantos, consulte-se o *Manual de Direito Administrativo*, 2ª ed., Giuffrè Editore, 1963, pp. 151-155, n. 10, de Landi-Potenza. Assim também Enzo Capaccioli, *Manuale di Diritto Administrativo*, vol. I, CEDAM, 1980, pp. 251 e ss., ns. 117 e ss. Na Argentina, Agustín Gordillo entende que o interesse legítimo diferencia-se do direito subjetivo porque neste último alguém tem, em caráter *exclusivo*, a situação jurídica cuja proteção é postulável; no interesse legítimo a situação jurídica é detida em concorrência com outros indivíduos, e de tal sorte que não é nem pode ser concretizada com exclusividade – vale dizer, com exclusão de outros – em nenhum deles (cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Macchi-Lopes, 1975, Capítulo XV, especialmente pp. 23-39, ns. 16-25).

31. É que na Itália há dualidade de jurisdição, o que, de resto, ocorre também em inúmeros países do Continente europeu. Mas na Itália a repartição de competências jurisdicionais entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa faz-se exata e precisamente com assento na distinção entre "direito subjetivo" (concebido por um antiquado corte símile ao do Direito Privado) e "interesse legítimo".[5] Assim, para nos servirmos das palavras do eminente Enzo Capaccioli, "quando se controverte sobre direitos subjetivos, a decisão assiste ao juiz ordinário; quando se trata de interesses legítimos, assiste ao juiz administrativo".[6]

As consequências práticas de tal distinção são ali muito relevantes, e não só pela determinação da jurisdição competente. Deveras, se está em pauta um "direito subjetivo", delineado na conformidade da visão tradicional, que se montou a partir de perspectiva privatista, o juiz competente é o do Poder Judiciário, e *não pode anular o ato gravoso*, mas *apenas conceder reparação patrimonial*. Pelo contrário, se se está perante "interesse legítimo", o juiz competente é o da Jurisdição Administrativa, o qual – ele, sim – *pode anular o ato*, mas *não é a sede própria para conceder reparação patrimonial*.[7]

5. Na França, por exemplo, ambas as situações caem como regra na esfera de competência da Justiça Administrativa, e não do Poder Judiciário. Entretanto, no seio da Justiça Administrativa são discriminados os contenciosos de "plena jurisdição" e de "anulação" (cf. Francis-Paul Bénoît, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, p. 374). Embora o Direito francês não haja trabalhado com a mesma nomenclatura do Direito italiano – isto é, sobre a distinção explícita entre "direito subjetivo" e "interesse legítimo" –, entende-se que no contencioso de plena jurisdição a questão versa sobre uma situação individual subjetiva e que no de anulação o ponto controvertido versa sobre a objetiva legalidade, e por isso só pode preordenar-se à anulação do ato lesivo (não sobre indenização – cf. A. de Laubadère, *Traité Élémentaire du Droit Administratif*, 3ª ed., vol. I, LGDJ, 1963, pp. 431 e ss.). Contudo, a ressaltar a especiosidade da distinção, o certo é que também nestes casos se exige que o autor tenha um "interesse" em movimentar dito contencioso, isto é, sua situação não se equipara à de um autor popular. A similitude temática comprova-se, ainda, pelas modalidades de recurso existentes em ambos os países. No Direito italiano os recursos para defender interesses legítimos são suscitados por questões de (a) incompetência, (b) violação de lei, (c) excesso de poder. No Direito francês os recursos que têm lugar nos casos de defesa da legalidade propriamente (contencioso de anulação), e não em situações subjetivas, dizem com (a) incompetência, (b) violação de lei, (c) desvio de poder (que corresponde ao excesso de poder dos italianos) e (d) vício de forma (que na Itália seria caso de violação de lei). Estas distintas hipóteses de recursos alocam-se sob a rubrica genérica de recursos por "excesso de poder".

6. *Diritto e Processo*, CEDAM, 1980, p. 357.

7. Guglielmo Roherssen, *La Justicia Administrativa in Italia*, trad. de Jesús Abad Hernando, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 115.

32. Contudo, como no Brasil não há dualidade de jurisdição, se fôssemos, ridiculamente, copiar a noção italiana de interesse legítimo (o que só se imaginaria na hipótese de o copista desconhecer que no Direito daquele país, de todo modo, existe sempre uma via para resguardar o administrado, ainda que de maneira esdrúxula e pouco satisfatória), instaurar-se-ia o absurdo de multiplicar casos de indefensão do administrado.

De resto, foi isto o que delicadamente disse o eminente jurista José Carlos Barbosa Moreira, em voto lapidar, proferido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Ante a inexistência, entre nós, de uma 'justiça administrativa', à qual competisse velar pelas situações rotuladas como 'interesses legítimos', não é possível importar de modo completo a sistemática vigente na Itália e em outros países. Mas, então, de duas, uma: *ou se admite que no Brasil as aludidas situações se submetem ao conhecimento dos órgãos do Poder Judiciário, como as que põem em causa 'direitos subjetivos' na acepção restrita, ou se veda pura e simplesmente em relação a elas qualquer perspectiva de controle jurisdicional.* Ora, a optar-se pelo primeiro termo da alternativa, ter-se-á eliminado, ao menos do ponto de vista da acionabilidade, toda a relevância prática da distinção, na qual, em última análise, se afigura preferível não insistir. Já a opção pelo segundo termo, essa seria francamente melancólica, na medida em que deixaria ao total desamparo interesses para os quais, até pela denominação mesma de 'legítima' que se lhes aplica, *não é razoável nem lógico* reservar sorte tão madrasta".[8]

Nestas considerações se vê que nada pior do que transplantar doutrinas alienígenas e que resultam da especificidade do Direito alheio sem conhecer seu contexto ou sem atinar para ele. Com efeito, adotar-lhes esquemas conceituais, como o que se traduz no aludido discrímen, redundaria – ao contrário do que se passa no Direito de origem – em desacertos constrangedores. Seria como vestir um traje de um estrangeiro desconhecido, de estatura muito menor, e, inobstante sobrarem braços e pernas descobertos, persistir imaginando que, se com ele se vestia o proprietário, pode muito elegante e apropriadamente vestir-se quem lhe tomou de empréstimo a roupa...

33. Em suma, no Brasil haver-se-á de considerar que está em pauta arguição de direito subjetivo quando (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre

8. Ap. cível 24.449, *RDA* 156/174.

se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade, *nada importando que a ilegalidade arguida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstrata.*

34. Dentre as medidas judiciais intentáveis para correção da conduta administrativa, afora as comuns ao Direito Privado, como, *e.g.*, as de defesa ou reintegração de posse ou as ações ordinárias de indenização e as cautelares em geral, existem algumas específicas para enfrentar atos ou omissões de "autoridade pública". São elas o *habeas corpus*, o mandado de segurança, individual ou coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão. Vejamos, em suma síntese, em que consiste cada uma delas.

a) "Habeas corpus"

35. O *habeas corpus*, previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição, é cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Sua impetração dispensa recurso a procurador judicial para tanto constituído e prescinde de qualquer formalidade, sempre que, em face das circunstâncias, esta possa ser obstativa de sua ampla utilização. O Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3.10.1941), entre os arts. 647 a 667, regula o *habeas corpus*.

b) Mandado de segurança

36. O mandado de segurança, previsto no mesmo art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição, respectivamente consagradores das modalidades individual e coletivo, e regulado pela Lei 12.016, de 7.8.2009, é a providência sumamente expedita adequada para proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Considera-se "líquido e certo" o direito, "independentemente de sua complexidade", quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis "de plano"; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, § 1º, da Lei 12.016). Posto que esta medida judicial destina-se a "proteger" o direito violado ou que esteja sob iminente ameaça de violação, o juiz, em sendo requerido pela parte, deverá liminarmente, *inaudita altera parte*, suspender o ato impugnado, caso sejam relevantes os fundamentos do pedido e haja risco de que, não sendo adotada tal providência, resulte ineficaz a decisão final, se vier a ser concessiva da segurança (art. 7º, III, da lei citada). Conceder uma liminar não é uma liberalidade do juiz, assim como negá-la não é uma discrição sua. Preenchidos os pressupostos legais, a liminar tem que ser deferida. Não preenchidos, tem que ser negada.

37. O mandado de segurança *individual* visa a assegurar o direito pertinente individualmente ao impetrante ou impetrantes, ao passo que o mandado de segurança *coletivo* é via aberta aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa daqueles interesses de seus membros ou associados que concernem ao fator que os congrega na entidade, dadas as finalidades que lhe correspondem e consubstanciam seu objeto social.

De acordo com o parágrafo único do art. 21 da lei: "Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante".

c) "Habeas data"

38. O *habeas data* está contemplado no inciso LXXII do art. 5º da Constituição e regulado pela Lei 9.507, de 12.11.1997, que acrescentou ao arrolamento constitucional mais uma hipótese. É o instrumento processual cabível para assegurar o conhecimento ou a retifi-

cação de informações relativas à vida do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, entendidas estas últimas como sendo as que armazenam ditas informações para utilização do público a que servem, como o Serviço de Proteção ao Crédito, por exemplo.

d) Mandado de injunção

39. O mandado de injunção, previsto no inciso LXXI do mesmo artigo, é a medida hábil para que o postulante obtenha, em um específico caso concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhes o exercício.[9]

Tal instituto apresenta-se como um meio de controle da inércia do Poder Público em expedir as regras necessárias, obviando obstáculos decorrentes de sua omissão, quando a norma faltante seja uma lei ou regulamento nela presumido.

e) Ação popular

40. A ação popular, contemplada no inciso LXXIII do referido art. 5º, é o instrumento deferido a qualquer cidadão para anular atos

9. Este instituto não vinha conseguindo preencher a finalidade que lhe é própria, pois o STF, certamente por discordar do preceito constitucional que o instituiu, por via interpretativa esdrúxula, lograva impedir que produzisse os efeitos para os quais foi concebido. De todo modo, para não fazer do preceito um nada, já havia decidido que se o Congresso não atendesse o prazo fixado por aquela Corte, em mandado de injunção anterior, para regulamentar o preceito, exsurgia em favor do impetrante direito a ajuizar, "com base no direito comum, ação de perdas e danos" para ressarcimento do dano sofrido (MI 447-1-DF, sessão de 5.5.1994, *DJU* 1.7.1994). Nota-se que decisão desta ordem não atendia o objetivo do inciso LXXI do art. 5º, o qual literalmente dispõe: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Parece que agora a situação vai mudar. Com efeito, por ocasião do julgamento do MI 708 (Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007) o STF decidiu que, ante inércia contundente do Poder Legislativo, a Suprema Corte podia ditar a regra aplicável ao exercício de uma garantia constitucional que, até então, estava condicionada à prévia existência de lei. No caso, tratava-se do direito de greve dos servidores públicos civis, que o Legislativo se abstinha de regulamentar. Entendeu o STF que devia ser aplicada ao caso, até o suprimento da omissão legislativa, a disciplina contida nas Leis 7.701/1988 e 7.783/1989, concernentes aos trabalhadores em geral.

lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Está regulada na Lei 4.717, de 29.6.1965. Embora com menor amplitude, já se encontrava prevista desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 38).

É, talvez, a única providência judicial realmente temida pelos administradores, porquanto, nos termos do art. 11 da referida lei, se a ação for julgada procedente, vindo a ser decretada a invalidade do ato impugnado, a sentença "condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele".

f) Ação civil pública

41. A ação civil pública – a que alude o art. 129, III, da Constituição, reportado à competência do Ministério Público para promovê-la – é um instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então, para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens.

Pode ser proposta não apenas pelo Ministério Público, mas também, consoante estabelece sua lei disciplinadora, que é a de n. 7.347, de 24.7.1985, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, por autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações, bem como pelas associações constituídas há pelo menos um ano e que tenham entre suas finalidades institucionais a de proteger os interesses jurídicos referidos. A estes legitimados a Lei 11.448, de 15.1.2007, acresceu a Defensoria Pública.

g) Ação direta de inconstitucionalidade

42. A ação direta de inconstitucionalidade, a que se referem os arts. 102, I, "a" (que atribui ao Supremo Tribunal Federal competência originária para processá-la e julgá-la), e 103 (que enuncia os legitimados para propô-la e regula outros aspectos) da Constituição, pode ser por ação ou por omissão. Será por ação quando interposta para que seja apreciada em tese a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, objetivando sua fulminação. Será por omissão quando, a teor do § 2º do art. 103, vise, com o reconhecimento judicial de que tal omissão em expedir providência normativa é inconstitucional,

seja cientificado o Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Os legitimados para intentar ação de inconstitucionalidade são: (I) o Presidente da República; (II) a Mesa do Senado Federal; (III) a Mesa da Câmara dos Deputados; (IV) a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (V) o Governador do Estado ou do Distrito Federal; (VI) o Procurador-Geral da República; (VII) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (VIII) partido político com representação no Congresso Nacional; e (IX) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ação direta de inconstitucionalidade está regulada na Lei 9.868, de 10.11.1999.

Capítulo XIX

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL

I. Introdução. II. Princípio da legalidade. III. Vinculação e discricionariedade. IV. Fundamentos da discricionariedade. V. Estrutura lógico-normativa da discricionariedade. VI. Conceito de discricionariedade. VII. Limites da discricionariedade. VIII. Extensão do controle judicial. IX. Relatividade da competência discricionária. X. Conclusão.

I. Introdução

1. É princípio assente em nosso Direito – e com expresso respaldo na Lei Magna – que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Nem mesmo a lei poderá excepcionar este preceito, pois, a tanto, o dispositivo mencionado opõe insuperável embargo.

Segue-se que um ato gravoso, provenha de quem provier, pode ser submetido ao órgão judicante a fim de que este afira sua legitimidade e o fulmine se reputar configurada ofensa a um direito.

2. Este princípio, absolutamente capital, constitui-se em garantia insubstituível, reconhecida entre os povos civilizados, como expressão asseguradora da ordem, da paz social e da própria identidade dos regimes políticos contemporâneos.

O ditame constitucional (que, no caso brasileiro, veda inclusive a dualidade de jurisdição encontradiça em povos do continente europeu) tem caráter basilar em nosso sistema, alçando-se à categoria de verdadeiro princípio.

3. Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteli-

gência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

5. Agustín Gordillo, o eminente administrativista argentino, doutor da maior suposição, apostila a respeito: "Diremos entonces que los principios de Derecho Público contenidos en la Constitución son normas jurídicas pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene substancia integral".

E, a breve trecho: "La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu".[1]

6. Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfutável o asserto de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira.

7. Sublinhada a importância dos princípios constitucionais e ressaltada a sobranceria do princípio da universalidade da jurisdi-

1. *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 176-177.

ção, impende verificar como se concilia a consagração do preceito em tela com o exercício de ação discricionária, deferida pela lei à Administração para o desempenho de certos cometimentos. A adequada composição entre estes dois termos fornece a medida da extensão que ao Judiciário quadra na investigação de atos administrativos expendidos no gozo de certa liberdade discricionária.

O desate do problema supõe alguma detença sobre a voz "discricionariedade". Não há fugir a algum profundamento, porquanto a matéria é sobreposse feraz em controvérsias.

II. Princípio da legalidade

8. No Estado de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa.

Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é *permitido*. Em outras palavras, não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de *subsunção*. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.

Por isso, Fritz Fleiner observou, em dicção que quadra a preceito: "Administração legal, então, é aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro dos limites de suas disposições".[2]

Seabra Fagundes sintetizou esta ideia mediante frase concisa e lapidar, lecionando: "Administrar é aplicar a lei de ofício".[3]

Igualmente, o mestre Cirne Lima deixou averbado: "Jaz, consequentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar a regra de Direito".[4]

2. *Principes Généraux de Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87.

3. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 17.

4. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 40.

9. A pinha de citações tiradas a lume encarece o caráter estritamente subordinado que à Administração calha em regime de tripartição do exercício do Poder. Sobretudo no Direito brasileiro este ditame aplica-se com especial vigor. Respaldam a assertiva notadamente os arts. 5º, II, 37, e 84, IV, da Constituição.

Enquanto o primeiro dispositivo invocado assegura que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", o segundo determina que a Administração direta e indireta dos três Poderes, e em todas as órbitas, se assujeitará ao princípio de "legalidade"; o terceiro estatui competir ao Presidente expedir decretos e regulamentos para *fiel* execução das leis.

Nota-se, à primeira, que a função do Executivo e a posição dos atos administrativos viabilizadores de seu comportamento são rigorosamente balizadas pelos ditames legais.

10. Ora bem, toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeitos de direito. O grau desta objetividade é que varia.

A dizer: em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delineia os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie.

Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, pena de violação do Direito. Este extremo demarcatório tem necessariamente uma significação objetiva mínima precisamente por ser e para ser, simultaneamente, a linha delimitadora de um comportamento permitido e a paliçada que interdita os comportamentos proibidos.

III. Vinculação e discricionariedade

11. No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa.

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços

diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

12. Não se há de pensar – advertiu a sabendas André Gonçalves Pereira – que a discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.

Assenta à fiveleta pôr em curso cita literal do magistério devido ao profundo e famigerado Mestre português: "O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação".[5]

13. Esta forma é exatamente a de disciplinar certa matéria sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada *em cada caso concreto* unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou.

Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem – as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham –, é preciso que o agente possa, *em consideração à fisionomia própria de cada qual*, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda.

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa *estanque* levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.

14. Estas considerações, conquanto óbvias, permitem extrair conclusões importantíssimas que, todavia, surpreendentemente, não

5. *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, p. 222.

têm sido encarecidas pela doutrina, apesar das notáveis repercussões que têm em matéria de controle jurisdicional de atos praticados a título de discrição administrativa. Estas conclusões são as seguintes:

a) Se a lei, nos casos de discrição, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Com efeito, a discricionariedade não é a instauração de uma "liberdade de conduta" propriamente dita. Romeu Felipe Bacellar Filho, com muita propriedade disse: "O conceito de função administrativa – como exercício de um poder atrelado necessariamente a uma finalidade estranha ao agente – impede o entendimento da discricionariedade administrativa como liberdade de conduta".[6] Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discrição *não significa que* ***todas*** *estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação*. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.

b) A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, a discrição suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discrição no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discrição, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.

Estas duas conclusões ensejam uma terceira, atinente ao controle jurisdicional dos atos praticados a título de discrição, ou seja:

c) Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discrição, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de

6. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Forum, 2007, p. 250.

razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discrição, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.

15. Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado "mérito" do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discrição, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida.

Deveras, casos haverá em que, para além de dúvidas ou entredúvidas, qualquer sujeito em intelecção normal, razoável, poderá depreender (e assim também, *a fortiori*, o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado discrição, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato.

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. À inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetável, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.

16. Logo, nos casos em que, em juízo equilibrado, sereno, procedido segundo os padrões de razoabilidade, seja convinhável que dada providência seguramente é a melhor ou que seguramente não o

é, ter-se-á de reconhecer inexistência de discricionariedade na opção que houver discrepado de tal juízo.

Mérito do ato

17. Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

IV. Fundamentos da discricionariedade

18. Não vem ao ponto profundar, neste passo, os fundamentos da discricionariedade. Nada obstante, nenhuma demasia vai em sumariar, conquanto de espora fita, as diferentes tendências que animam o dissídio doutrinal. Como se perceberá ao diante, a visualização delas, só por só, já oferece subsídios para compreensão mais rigorosa da discricionariedade e, via de consequência, robustece o exame do âmbito de investigação judicial dos atos praticados no gozo de certa discrição.

a) Salientam alguns que a discricionariedade procede do *deliberado* intento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se no caso concreto, tendo em conta sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes.

b) Enfatizam outros a *impossibilidade material* de o legislador prever todas as situações, donde a necessidade de recorrer a fórmulas de regulação mais flexíveis, capazes, bem por isso, de abarcar amplamente os acontecimentos sociais, dimanando daí a zona de liberdade que assiste ao administrador.

c) Encarece o Prof. Queiró a *inviabilidade jurídica*, em regime de Poder tripartido, da supressão da discricionariedade, pois, para evitá-la, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa. Esta lição, ao parecer, respiga-se nas seguin-

tes passagens de Afonso Rodrigues Queiró, preclaro jurista luso, a quem se deve trabalho de mão e sobremão relativo ao tema: "Há, porém, um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da abstração à individualização, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito" ("A teoria do desvio de poder em Direito Administrativo", *RDA* 11/57).

E, pouco além: "O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas, para isso, tem de sacrificar (...) a sua própria qualidade de legislador!" (ob. cit., *RDA* 11/59).

d) O mestre português liga estes seus esclarecimentos àquela que nos parece ainda uma outra e autônoma linha de fundamentação da discricionariedade, a saber, a da *impossibilidade lógica* de obstá-la.

19. A lei, como ressalta o alumiado autor, remete-se a fatos, a situações, pertinentes ao mundo da natureza ou da cultura, da causalidade ou do valor. Os conceitos de que faz uso dizem, portanto, com uma ou com outra destas realidades.

Aqueles determináveis no plano das ciências que se embasam no *valor teorético verdade* são unissignificativos. Já, os conceitos atinentes ao mundo da razão prática, da *sensibilidade*, são plurissignificativos. Ressentem-se de certa fluidez, de alguma incerteza.

Pois, como a lei não se pode correr de manipular conceitos destas duas ordens, ora traz em si delimitações rigorosas, objetivas, inconfutáveis, ora abriga em seu bojo a indeterminação, a fluidez dos conceitos práticos.

A discricionariedade assistiria precisamente neste último campo, ao passo que a vinculação teria residência no primeiro.[7]

Aliás, ao respeito deste tópico dos conceitos fluídos, diga-se, de passagem, que, surpreendentemente, houve quem, neste século, pretendesse que a fluidez é das palavras e não dos conceitos. Sendo universalmente sabido que as palavras são simples rótulos sobrepostos a objetos de pensamento, é de meridiana obviedade que elas não possuem, em si mesmas, outra densidade que não (por via indireta) a do objeto a que se reportam; *logo, só podem ser vagas ou imprecisas se vago ou impreciso for o conceito que recobrem, assim como*

7. Ob. e loc. cits., pp. 60 e ss., e ob. cit. in *RDA* 7/52.

só podem ser precisas se preciso for o conceito recoberto, visto que elas próprias, *as palavras*, *nada aportam ao objeto rotulado*. Por isto, o tema em foco é tratado pela doutrina de todos os países do mundo como referente a *conceitos* "vagos", "imprecisos", "elásticos", "fluidos", "indeterminados", "práticos", em oposição aos *conceitos* "teoréticos", "precisos", "determinados" – *e não como referente a palavras* "vagas", "fluidas" etc., em oposição a palavras precisas. É claro que no século XVI, por exemplo, seria possível alimentar tão profundo equívoco, pois perdurava a suposição ingênua de que havia uma relação de necessidade entre a palavra e aquilo que ela designava.[8] Hoje, só mesmo por um erro lógico primário ou pelo intenso desejo de ser original ou "criativo" é que se pode explicar esta disparatada tese de que fluidas são as palavras e não os conceitos.

Feito este breve reparo, pode-se em síntese dizer: ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia *vinculação*. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia *discricionariedade*.

Sendo impossível à norma legal – pela própria natureza das coisas – furtar-se ao manejo de conceitos das duas ordens, a discrição resultaria de um *imperativo lógico*, em função do quê sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dentre os conceitos possíveis.

Vale dizer, a liberdade administrativa estender-se-ia *ao longo do percurso de imprecisão do conceito utilizado*.

20. Mesmo sem profundar argumentação sobre o assunto, registramos nosso entendimento de que o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultanea-

8. Fernando Sainz Moreno em seu notável *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa* (Editorial Civitas, 1976, pp. 48-49) registra que: "A lo largo de la historia no siempre se entendió el lenguaje como un sistema de sonidos arbitrarios. En el siglo XVI – escribe Michel Foucault – las palabras se conciben como cosas que hay que descifrar y cuja relación con el mundo es más de analogía que de significación". O autor, em nota de rodapé (92), transcreve, na p. 49, passagem na qual Foucault, em seu *Las Palabras y las Cosas* (trad. mexicana de 1971), diz: "Los nombres estaban depositados sobre aquello que designaban, tal como la fuerza está escrita sobre el cuerpo del león (...)".

mente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência *prática* de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

É claro que só transfere ao administrador o cometimento de eleger *in concreto* a solução ideal porque seria materialmente impossível, perante a realidade polifacética da vida, prever todas as situações suscetíveis de ocorrerem e todas as correspondentes soluções perfeitas para elas. Daí que, para flexibilizar a ação administrativa, instrumentando-a para obtenção dos resultados legalmente desejados de excelente realização do interesse público, confere certa "liberdade" no mandamento. É certo, ainda, de outro lado, que a lei tem que servir-se de conceitos práticos, integrantes do mundo do valor e da sensibilidade, o que, reconheça-se, é uma contingência inexorável.

V. Estrutura lógico-normativa da discricionariedade

21. Temos que o meio mais adequado para se encarar de fito a discricionariedade e sua possível extensão pode assim se traduzir:

A esfera de liberdade administrativa – aliás, sempre circunscrita – pode resultar da *hipótese* da norma jurídica a ser implementada, do *mandamento dela* ou, até mesmo, de sua *finalidade*.

Ponha-se reparo e sublinhadamente que em quaisquer das hipóteses aventadas – a serem de logo esclarecidas – tal liberdade é *sempre relativa, sempre limitada* e *sempre contrastável pelo Judiciário*, que deverá confiná-la em seus adequados redutos.

22. A discricionariedade decorre da hipótese da norma quando os pressupostos de fato por ela enunciados – como autorizadores ou exigentes de um dado comportamento – são descritos mediante os conceitos que o Prof. Queiró denominou práticos. Isto é, se os antecedentes fáticos que legitimam a prática de um ato – quer-se dizer, se os motivos (na acepção prevalente na doutrina francesa) – estão delineados por meio de palavras vagas, imprecisas, cabe à Administração determinar-lhes concretamente o alcance na espécie, cingida, embora, a certos limites adiante explanados.

23. Assim, caso a norma estabeleça atendimento médico gratuito às pessoas "pobres" em dado hospital, é pressuposto do direito ao

atendimento o estado de pobreza. Qual a acepção precisa, rigorosa, indisputável, de pobreza? Se há certas pessoas inquestionavelmente pobres, de acordo com o consenso comum, e outras inequivocamente não pobres, consoante o mesmo padrão; entre um e outro extremo serpeia um fosso de dúvidas, insuscetíveis de cabal desate, salvante a adoção de algum critério a ser *escolhido*. E quem é o senhor legítimo deste critério, suposto que mais de um possa ser alvitrado? E mais: se o critério não for traduzível em uma expressão numérica, quantificada, objetiva até seu último extremo, reabre-se o círculo vicioso com o retorno de conceitos práticos, sempre duvidosos.

Suponha-se outra norma que admita a elevação a certos cargos de pessoas de "notável saber". Esta qualificação ensancha o prosperar de análogas hesitações. Se é certo que não se porá em dúvida a presença de tal atributo em alguns casos muito salientes, e se é segura a negação de sua existência em outros tantos assim evidentes, entre as duas situações paradigmáticas vai mediar uma zona de incertezas.

Não há negar incumba à Administração *certa* discricionariedade, *alguma* liberdade, em situações quejandas. Seu limite será considerado mais além.

À guisa de remate, para firmar a incerteza de dados conceitos e palavras que os rotulam, lembre-se o clássico exemplo de Hart.[9] Quantos fios de cabelo é preciso que alguém tenha ou não tenha para qualificar-se como "calvo"?

24. Como se percebe, na hipótese da norma pode descansar a origem de alguma discrição administrativa. Isto sucederá quando o motivo legitimador do ato for desenhado por expressões que encampem conceitos práticos. Vale insistir que a voz "motivo" está utilizada aqui na acepção de "pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática de um ato". Corresponde, portanto, a uma realidade objetiva, externa ao autor do ato, ou, como diz Marcel Waline: "Os motivos (...) são fatos que têm uma existência objetiva e que podem justificar uma decisão".[10]

Nada tem a ver, portanto, com o "móvel", com a intenção do agente administrativo, assunto que atina a outra problemática.

9. *Concepto de Derecho*, trad. argentina da ed. inglesa da Oxford University Press, 1961, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 5.

10. *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Sirey, p. 480.

Com efeito, di-lo bem A. de Laubadère: "É por seu caráter *subjetivo* que o *fim determinante ou móvel* se diferencia de seus *motivos*. Estes são seus antecedentes objetivos que precederam o cumprimento do ato e o provocaram ('motivos impulsivos') enquanto que o fim é a representação, no espírito do autor, de um certo resultado a atingir. Donde a distinção entre a ilegalidade relativa ao fim e as ilegalidades que concernem aos motivos do ato (...)".[11]

25. Pela mesma razão que propicia a irrupção de discricionariedade na hipótese da norma – concernente ao motivo – pode também ocorrer discrição quanto à *finalidade*. Expressada esta por via de conceitos práticos, a indeterminação relativa daí resultante engendra certa liberdade administrativa que, inclusive, reflui sobre os motivos.

Figure-se lei que disponha: as pessoas que se portarem indecorosamente serão expulsas do cinema a fim de se proteger a "moralidade pública". O que é exatamente moralidade pública? Sem dúvida, o conceito social dela varia ao longo do tempo e ao largo do espaço. Porém, de fora parte esta mutação, ainda aqui é impossível, em época e local certos, fixar com absoluto rigor, através de "padrão métrico", sua dimensão precisa. Ora, a nebulosidade relativa do conceito refluirá sobre o pressuposto de fato, como se demonstra: o agente administrativo obrigado a expulsar – no exemplo excogitado – uma pessoa que se porta "indecorosamente" no cinema irá catalogar como decoroso ou indecoroso um comportamento *dependendo do conceito de moralidade pública*. Quanto mais estritas forem as pautas que adotar, mais numerosos serão os comportamentos havidos como indecorosos e, contrariamente, quanto mais lassos forem os padrões acolhidos, menos numerosos os casos que alojará na qualificação indigitada.

Está-se a ver a dificuldade supina em catalogar certos beijos, por hipótese, internando-os na seara do decoro ou rejeitando-lhes este abrigo. E percebe-se, a olhos vistos, que tal operação classificadora dependerá, por inteiro, de um conceito algo escorregadio de moralidade pública, fim a ser protegido, no exemplo aventado.

26. De modo algum se contesta ou minimiza a importância da finalidade legal. Muito menos, como ao diante se verá, renega-se a possibilidade de reconhecer balizas que demarcam a zona duvidosa

11. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., vol. I, Paris, LGDJ, 1963, p. 479.

e fornecem os índices para angustiar a liberdade administrativa e custodiá-la dentro de seus limites legítimos pela ação judicial.

Afirma-se, isto sim – e tão só –, que, por força da relativa indeterminação de conceitos, irredutíveis a uma objetividade completa, alguma discrição remanesce para o administrador também no que respeita à finalidade.

Isto porque, além de toda *interpretação* possível, restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos.

27. Vem a talho invocar a metáfora do jusfilósofo argentino Genaro Carrió: "Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra *sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe*".[12]

Calha, ainda, a preceito o comento do precitado mestre Queiró quanto à limitação do comportamento interpretativo: "No fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto também no conteúdo do seu agir".[13]

Em outra obra, a mesma ideia reponta com igual vigor: "Não se trata, portanto, de uma simples, mais ou menos ineliminável ou mais ou menos intencional deficiência de formulação da linguagem legislativa, corrigível ao fim do trabalho interpretativo; não se trata de acrescentar a um pensamento mal-expresso, maltransmitido, aquela margem de clareza que lhe falta, ante o fato de o legislador não ter levado até o fim, até onde seria, tudo somado, possível, o seu empenho de comunicar aos destinatários (isto é, aos órgãos da Administração) um pensamento de conteúdo preciso".[14]

28. "Do que se trata, em suma, quando a Administração exerce um poder discricionário é, não de reconstituir um pensamento obje-

12. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, pp. 31-32.

13. Ob. cit., *RDA* 6/56.

14. *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Atlântida Editora, 1968, pp. 9-10.

tivo estranho – o da lei, o do Direito –, mas de atuar um pensamento próprio, pessoal, do agente administrativo (...)."

Está correto, por isso, o nunca assaz citado Gonçalves Pereira quando afirma: "A discricionariedade começa onde acaba a interpretação (...). Reduzir a discricionariedade à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reconduzir todo o poder à vinculação e pôr-se em contradição manifesta com o Direito Positivo".[15]

29. A discricionariedade, finalmente, pode defluir do *mandamento da lei*. Isto sucede, quer hajam sido utilizados conceitos práticos ou teoréticos na hipótese legal ou até mesmo em aspecto do mandamento (e independentemente da fluidez encontradiça no enunciado da finalidade), quando a norma *facultar* um comportamento, ao invés de exigi-lo (que é o caso de "liberdade" discricionária mais ampla), ou, ainda, quando confere ao administrador o encargo de decidir sobre a providência a ser obrigatoriamente tomada, de maneira a que tenha que eleger entre pelo menos duas alternativas.

Este é o caso de liberdade discricionária mais ampla. Está, entretanto, tal como as anteriores possibilidades de discrição já referidas, sujeita a controle jurisdicional para investigação do uso legítimo ou ilegítimo da liberdade decisória.

30. Registre-se, por último, que a lei pode, ainda, deferir ao administrador discrição quanto à *forma* do ato ou *momento* de sua prática.

Ainda aqui, à moda das situações anteriores, esta liberdade longe está de se apresentar como ilimitada. Em quaisquer das hipóteses referidas, a lisura do comportamento administrativo depende de seu ajuste às *finalidades reconhecíveis* insculpidas na lei e tuteladas na regulação normativa.

VI. Conceito de discricionariedade

31. Em face do quanto se expôs, pode-se conceituar discricionariedade nos seguintes termos:

Discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis

15. Ob. cit., pp. 217-218.

perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

VII. Limites da discricionariedade

32. Exposta a significação da discricionariedade administrativa, sem em nada lhe sonegar a verdadeira densidade e consistência lógica, percebe-se que se trata necessária e inexoravelmente de um poder demarcado, limitado, contido em fronteiras requeridas até por imposição racional, posto que, à falta delas, perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia inculcar o caráter de comportamento "intralegal".

Ademais, cumpre reconhecer, ainda como imperativo racional, que há meios de se determinar sua extensão. Caso contrário, os ditames legais que postulam discrição administrativa, desenhando-lhe o perfil, perderiam qualquer sentido e seriam palavras ocas, valores nulos, expressões sem conteúdo ou, mais radicalmente, atestados flagrantes de inconsequência do próprio Estado de Direito.

33. Visto que não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro –, cumpre buscar os pontos que lhe demarcam a extensão.

34. Na parte inicial deste estudo, conquanto sem colocar em saliência, já se fez menção aos elementos básicos que permitem localizar os confins da discricionariedade. São os *próprios pressupostos* legais justificadores do ato, a *finalidade normativa* – ainda que expressos mediante conceitos algo imprecisos – e a *causa* do ato que determinam os limites da discrição.

Por paradoxal que pareça, os mesmos fatores que podem gerar imprecisão engendram igualmente os pontos de demarcação, de par com a "causa" do ato, a ser examinada pouco além, quando se esclarecerá o sentido em que vai tomada a palavra.

35. Com efeito, a imprecisão das noções práticas vazadas no pressuposto ou na finalidade legal *é sempre relativa. Nunca existe*

imprecisão absoluta, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei. Sobretudo dentro de um sistema de normas, há sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação das palavras vagas e reduzir-lhes a fluidez a um mínimo.

36. Desde logo, ressalta à evidência que todo conceito, por ser conceito, tem limites, como salientou Queiró, chamando à colação Walter Jellinek.[16] Se não os tivesse, *ipso facto*, não seria um conceito. Por definição, um conceito é noção *finita*, exatamente por corresponder a uma operação mental que *isola* um objeto de pensamento. E, na medida em que o faz, estabelece discriminações. A lei, ao se valer de conceitos, sejam eles quais forem, para disciplinar certas situações, não se propõe a outra coisa senão a dividir, discriminar, catalogar, classificar, enfim, estabelecer referências. Em suma: separa e isola objetos de pensamento para firmar correlações. Segue-se que identifica fatos indicados como pressupostos e valores que aponta como finalidades.

É certo que todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o quê a comunicação humana seria impossível. Por isso, ainda quando recobrem noções elásticas, estão de todo modo circunscrevendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido, exatamente porque recortável no universo das possibilidades lógicas, mesmo que em suas franjas remanesça alguma imprecisão.

Em suma: haverá sempre, como disse Fernando Sainz Moreno, uma "zona de certeza positiva", ao lado da "zona de certeza negativa", em relação aos conceitos imprecisos, por mais fluidos que sejam, isto é: "el de certeza positiva (lo que es seguro que es) y el de certeza negativa (lo que es seguro que no es)".[17]

37. A lei, então, vaza sempre, nas palavras de que se vale, o intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados. É esta, aliás, sua razão de existir. Salvo disparatando, não há fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos *desiderata* da lei; se guardou afinamento com a significação *possível* dos conceitos expressados à guisa de pres-

16. Ob. cit., *RDA* 7/53.

17. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, 4ª ed., Madri, Civitas, 1976, pp. 70-71.

suposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva.

Contestar esta assertiva equivaleria a admitir que a própria razão de ser da lei pode ser desconhecida e aniquilada sem remédio. A ausência de um contraste possível seria o mesmo que a ilimitação do poder administrativo, ideia contraposta ao princípio da legalidade, viga-mestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo.

38. A interpretação do sentido da lei, para pronúncia judicial, não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade administrativa, tão só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações inobjetiváveis, mas recolhe a *significação possível* em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.

A discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é *ineliminável*.

Não há como esquivar-se a este dilema: ou as palavras da lei *significam sempre, em qualquer caso*, realmente alguma coisa, ou nada valem, nada identificam – que seria o mesmo que inexistirem. Reduzindo tudo à sua expressão última: ou há lei, ou não há lei, pois negar consistência a suas expressões é contestar-lhe a existência.

Se há lei – e conclusão diversa seria absurda – é porque seus termos são inevitavelmente marcos significativos, exigentes ou autorizadores de uma conduta administrativa, cuja validade está, como é curial, inteiramente subordinada à adequação aos termos legais. *Ergo*, não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima. E, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário.

39. Toda a atividade administrativa, consoante se assinalou, é, por excelência, subordinada ao cumprimento de certos interesses. Tem, de conseguinte, caráter tipicamente instrumental. Corresponde a um meio para alcançar escopos traçados *fora do âmbito da Administração*, porque instituídos pelo Legislativo.

Daí a ensinança do notável publicista Cirne Lima: "O fim e não a vontade domina todas as formas de administração", ou: "Adminis-

tração é atividade de quem não é senhor absoluto";[18] ou, ainda: "A relação de administração é aquela que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente (...)".[19] E mais: "Na Administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio a vontade".[20]

É a ideia de *função* a que comanda toda a ação administrativa, bem o encarece Renato Alessi, o mestre maior: "A segunda das peculiaridades da posição da Administração Pública (...) relaciona-se à própria noção de função: função, como se salientou, é o *poder* concebido em relação à realização de determinados interesses".[21]

E, no caso, trata-se de uma função *subordinatta*, acentua corretamente o mesmo autor, nas seguintes palavras, que, por insuperáveis, reclamam transcrição literal: "Quanto às relações entre a função administrativa e a função legislativa e jurisdicional, vai acentuado, em primeiro lugar, *que a função administrativa é subordinada à função legislativa*: tal subordinação que concretiza o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa, é de ser entendido, antes de mais nada, *em sentido negativo*: quer dizer no sentido de que a atividade administrativa encontra um limite formalmente insuperável na lei, a qual pode colocar proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne à *finalidade* a atingir, quanto no que respeita aos meios e às formas a serem seguidas para tal escopo; deve ser entendido além disto e sobretudo, *em sentido positivo*: e este não apenas no sentido de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades ou a determinados meios ou determinadas formas, mas, além disto, no sentido de que, como a seu tempo melhor se verá, a Administração, particularmente no que se refere a atividade de caráter jurídico, pode fazer apenas *aquilo que a lei consente*"[22] (o primeiro grifo é nosso, os demais do autor).

40. Ao fixar interesses a serem cumpridos, a lei estabelece as condições de fato para o agir da Administração, e em tal caso e só nele se preenchem os requisitos necessários para que a finalidade normativa se considere satisfeita.

18. Ob. cit., p. 37.

19. Ob. cit., p. 105.

20. Ob. cit., p. 106.

21. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 197.

22. Ob. cit., p. 9.

Deveras: não há como separar o motivo (ou pressuposto de fato) da finalidade e do interesse que, pelo cumprimento dela, se vê atendido. São noções inter-relacionadas e indissociáveis. Formam verdadeira equação, pois o esquema legal supõe realizado um certo interesse quando, ocorridas certas condições, pratica-se um ato que satisfaz dado escopo.

Ausentes as condições ou desvirtuada a finalidade que justifica o comportamento, *ipso facto* não se preenche a relação de adequação necessária entre o ato e a lei, resultando daí invalidade indiscutível. Afinal ter-se-á configurado, em última *ratio*, incompetência material do agente, pois haverá agido fora do âmbito de poderes que lhe assistiam *in concreto*. O plexo de poderes de que desfruta não lhe é conferido *in abstracto*, mas para ser mobilizado à vista de certa situação e em ordem a satisfazer certa finalidade. Se o exercita fora deste quadro terá manipulado forças que a lei não lhe deu, vale dizer, haverá extravasado a regra de competência.

VIII. Extensão do controle judicial

41. Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discrição, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeço existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

Juristas dos mais ilustres, assim estrangeiros que nacionais, em concorde unanimidade proclamam a correção deste asserto.

a) Exame dos motivos

42. O eminente Caio Tácito, há mais de 30 anos, averbou nada existir de insueto no exame, pelos nossos Tribunais, dos motivos do ato. *Verbis*: "Em repetidos pronunciamentos, os nossos Tribunais têm modernamente firmado o critério de que a pesquisa da ilegalidade administrativa admite o conhecimento, pelo Poder Judiciário, das circunstâncias objetivas do caso. Ainda recentemente, em acórdão no RE 17.126, o STF exprimiu, em resumo modelar, que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração".[23]

23. "Administração e o controle da legalidade", *RDA* 37/8.

Do mesmo mestre são os seguintes excertos: "Se inexiste o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. "Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco."[24]

"As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado."[25]

43. De fato, é o exame dos motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista.

Já de outra feita profligamos a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seja suficiente para subtraí-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão.

Acreditar que em casos desta ordem o agente está livre, graças à remissão a estas expressões algo fluidas, corresponderia a atribuir-lhes uma significação "mágica". Tais palavras não têm condão de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de fabricar um universo de fantasia, como sucede nas histórias de fadas e contos infantis. Para o agente público não há "abracadabras", justamente porque o Judiciário pode comparecer sob apelo dos interessados, a fim de confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais.

44. Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, des-

24. Caio Tácito, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, tese, circulação limitada, 1951, Rio de Janeiro, cópia xerográfica, p. 17.

25. Caio Tácito, "Ato administrativo – Poder discricionário", *RDA* 38/351.

bordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

45. A análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, neste caso, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta.

Laubadère ponderou sobre isto, nos termos seguintes: "O juiz não sai de seu papel, porquanto a existência de circunstâncias de fato é a própria condição para que o ato administrativo seja legal; não há senão escolher exemplos para citar: a questão de saber se, em tais circunstâncias, a interdição de uma reunião respondeu a uma efetiva ameaça de desordem (jurisprudência constante em matéria de polícia); se em tal cidade existe uma crise grave de alojamento em vista da aplicação das normas sobre alojamento de ofício (CE, 9 de jan. de 1948, *Consorts Barbedienne*, S., 1948, 3, 14); se tal organização sindical pode ser considerada como a mais representativa, notadamente em face do número de seus filiados (CE, fevereiro/1949, 3 arestos, S., 1950, 3, 57, concl. *Barbet*) etc.".[26]

b) Exame da finalidade: o desvio de poder

46. Tanto como no exame dos motivos, também na perquirição da finalidade o Judiciário comparece a fim de controlar a legitimidade da atuação administrativa.

Foi sobretudo a ação do Conselho de Estado Francês que, ao construir a teoria do desvio de poder, desenvolveu este controle. Trata-se, hoje, de noção corrente, utilizada a cotio pelos Tribunais, aqui como alhures. Entre nós, como é sabido, encorpou-se a partir de voto magistral de Seabra Fagundes, vulto modelar de homem e jurista, proferido no TJRN, em 1948, ao apreciar a Ap. cível 1.422.[27]

Segundo sua conceituação clássica, desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída.[28]

26. Ob. e vol. cits., p. 486.

27. In *RDA* 14/52-82.

28. Cf., entre tantos, André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, 5ª ed., t. I, Paris, LGDJ, 1970, p. 502, n. 894.

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos,[29] falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício *objetivo*, pois o que importa *não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.*

Pode dar-se que em muitos casos, quiçá na maioria deles, só se possa surpreender tal vício pelo reconhecimento da intenção viciada, mas, em tal caso, como buscamos aclarar em nosso trabalho precitado, dita intenção é *reveladora do vício*, mas não é ela que o determina, pois o que faz com que o ato seja juridicamente inidôneo é a circunstância de se encontrar em desacordo com o exigido pela regra que o presidia.

Ademais, a irrupção de tal patologia jurídica acode – como se sabe – pela mera divergência, pelo simples descompasso, entre o fim legal e o fim a que o ato aporta. Para caracterizar-lhe a compostura é prescindível que exista uma verdadeira antinomia, uma antítese, entre a finalidade da lei e a do ato praticado, bastando o singelo desacordo entre ambos. Ato maculado de desvio de poder é sabidamente nulo.

47. Georges Vedel discrimina modalidades de desvio de poder, admitindo as seguintes hipóteses: caso em que o agente não perseguiu um interesse público. Ocorre quando, alimentado por um interesse pessoal de favorecimento ou perseguição, pratica o ato por razões pessoais, alheias à finalidade pública; caso em que persegue um fim de interesse público, porém estranho à categoria de interesses comportados em suas competências; caso em que se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos implementáveis através de outra via jurídica.[30]

29. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 57.

30. *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1964, pp. 458 e 462.

O certo é que, nas diferentes hipóteses, toma-se como referencial a finalidade normativa, isto é, seu alcance, seu significado em Direito, e confronta-se com ela o ato administrativo, fulminando-o se foi praticado em desacordo com o objetivo legal.

48. Tanto pode existir desvio de poder em ato administrativo quanto em ato legislativo ou jurisdicional.

Assim como o ato administrativo está assujeitado à lei, às finalidades nela prestigiadas, a lei está assujeitada à Constituição, aos desideratos ali consagrados e aos valores encarecidos neste plano superior.

Demais disto, assim como um ato administrativo não pode buscar escopo distinto do que seja *específico* à *específica* norma legal que lhe sirva de arrimo, também não pode a lei buscar objetivo diverso do que seja inerente ao específico dispositivo constitucional a que esteja atrelada a disposição legiferante expedida. Ou seja, se a Constituição habilita legislar em vista de dado escopo, a lei não pode ser produzida com traição a ele.

É certamente verdadeiro que o desvio de poder poderá muito mais frequentemente encontrar espaço para irromper em atos administrativos do que em leis. A razão disto demora em que a margem de discrição dos primeiros em relação à lei será (de regra, ao menos) muito menor do que a margem de discrição da lei em relação à Constituição. Sem embargo, isto não interfere com o reconhecimento de que em ambas as hipóteses a compostura do vício é a mesma: consiste sempre no desencontro da providência tomada com a norma superior a que deve obséquio; a saber: no primeiro caso, à lei, e, no segundo, à Constituição.

Caio Tácito, em precioso artigo intitulado "O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais",[31] enumera decisões do STF, algumas até mesmo antigas, nas quais o desvio de poder é explicitamente reconhecido como vício suscetível de macular a produção legislativa.

Casos há em que o legislador simplesmente fez uso desatado de sua competência legislativa, de maneira a desbordar o sentido da norma constitucional habilitante – desviando-se, assim, de sua razão de ser –, como ocorreu em lei na qual o poder de tributar foi normativamente disciplinado de maneira a produzir tratamento escorchan-

31. In *RDA* 188/1 e ss.

te sobre o contribuinte. Ao respeito, no RE 18.331, conforme referido no mencionado artigo do eminente jurista citado, o relator, Min. Orozimbo Nonato, salientou: "É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*".

Outras decisões, recolhidas na mesma fonte, exemplificam hipóteses em que o desvio de poder é surpreendido no fato de a lei buscar finalidade visivelmente distinta daquela inerente ao objetivo próprio da competência legislativa exercitada; ou seja: haver autorizado providência administrativa restritiva de direitos com o fito de forçar o contribuinte a satisfazer pretensões tributárias: "é inadmissível a interdição de estabelecimento ou a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributo (Súmulas ns. 70 e 323)". Idem quanto à fulminação dos Decretos-leis 5 e 42, de 1937. Como explica o mestre Caio Tácito, a Suprema Corte, "dilatando o princípio à inconstitucionalidade dos Decretos-leis ns. 5 e 42, de 1937 – que restringiam indiretamente a atividade comercial de empresas em débito, impedindo-as de comprar selos ou despachar mercadoria –, implicitamente configurou o abuso de poder legislativo (Súmula n. 547 e acórdão no RE n. 63.026, *RDA* 10/209)".[32]

O mesmo autor, colacionando referências doutrinárias, menciona que o publicista luso J. J. Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, "adverte que a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado e ao princípio da razoabilidade", de sorte a fundamentar, nas expressões do renomado jurista português, "a transferência para os domínios da atividade legislativa da figura do desvio de poder dos atos administrativos".[33]

O desvio de poder, como dito, também pode ocorrer em atos jurisdicionais. Ao respeito, de outra feita, trouxemos à colação "comportamento de juiz de tribunal que, não tendo seu voto acompanhado pelo terceiro julgador, ao perceber a inutilidade para fins de decidir o pleito no sentido de seu pronunciamento, resolve reconsiderá-lo e adere aos dois outros com o objetivo específico de obstar à interposição de embargo".[34] Curiosamente, o magistrado, na oportunidade, deixou explícito ser esta a razão pela qual decidia alterar seu voto.

32. *RDA* 188/7.
33: *RDA* 188/9.
34. *Discricionariedade* ..., cit., 2ª ed., 11ª tir., p. 77.

c) Exame da causa do ato

49. Finalmente, outro meio de contraste judicial do ato administrativo é o exame de sua "causa". Esta expressão tem sido utilizada em diferentes sentidos. Vai aqui tomada na acepção que lhe deu André Gonçalves Pereira, isto é: "relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto".[35] Acrescentamos nós: esta relação se avalia em função da finalidade do ato.

Cogita-se aqui de uma congruência, de uma compatibilidade lógica, isto é, de uma relação de pertinência entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e o seu conteúdo, tendo em vista a finalidade legal do ato (cf. Capítulo VII, ns. 50 e 51).

O exame da causa apresenta especial relevo nos casos em que a lei omitiu-se na enunciação dos motivos, dos pressupostos, que ensejaram a prática do ato. Nestas situações não haveria como cotejar o motivo legal com a situação fática para aferir ajuste ou desajuste entre eles, precisamente por ter faltado a indicação normativa. Ainda aqui a liberdade discricionária encontraria cerceios. Admitido que o agente pudesse escolher o motivo em função do qual haja exarado o ato, cumpre, de todo modo, que este seja logicamente correlacionado com o conteúdo do ato, em vista da finalidade que o categoriza.

IX. Relatividade da competência discricionária

50. Relembre-se que ainda que sejam correntes as expressões "ato vinculado" e "ato discricionário", em rigor, vinculação ou discricionariedade são predicados atinentes aos condicionantes da válida expedição do ato ou ao seu próprio conteúdo. Querem significar, respectivamente, que o agente administrativo está, no que concerne a quaisquer destes aspectos, previamente manietado de maneira estrita pela lei ou que, pelo contrário, por força da dicção normativa que lhe regula a conduta, disporá, em relação a algum ou alguns deles, de certa liberdade para decidir, *no caso concreto*, sobre o modo de atender, com a máxima perfeição possível, o interesse público entregue a seu encargo.

Quer-se dizer: *não é o ato que é vinculado ou discricionário*; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais "elementos" dele são sempre vinculados. Donde, por imperativo lógico, o ato, em si mes-

35. Ob. cit., p. 122.

mo, nunca o seria, como bem observou Víctor Nunes Leal.[36] Em verdade, discricionária é a ***apreciação*** *a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais* ou *quais* e vinculada é sua *situação* em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração. Em obra monográfica sobre o tema deixamos averbado que "(...) embora seja comum falar-se em 'ato discricionário', a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer 'ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem'. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o 'produto' do exercício dela. Então, a discrição não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar".[37]

51. É a falta desta necessária precisão conceitual o que leva a inúmeras e desnecessárias confusões provocadas pela simplificada linguagem vertida na fórmula "ato discricionário" e "ato vinculado". Com efeito, através dela desperta-se a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre atos de uma ou de outra destas *supostas* categorias antagônicas. Não é o que ocorre, entretanto, pois a discricionariedade não é atributo de ato algum. É apenas a *possibilidade* – aberta pela dicção legal – de que o agente qualificado para produzi-lo disponha de uma "*certa*" (ou "*relativa*") margem de liberdade, seja para avaliar se efetivamente ocorreram (a) os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam; seja para (b) produzi-lo ou abster-se; seja para (c) eleger seu conteúdo (conceder ou negar, expedir o ato "x" ou "y"); seja para (d) resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo; seja para (e) revesti-lo com a forma tal ou qual. E tudo isto na *medida*, *extensão* e *modalidades* que resultem da norma jurídica habilitante e, ademais, apenas quando *comportado pela situação concreta* que lhe esteja anteposta.

Assim, é visível que a noção de discricionariedade não é predicável de um ato propriamente dito, mas da competência que o agente disporá, *in concreto*, para proceder a uma avaliação concernente às condições de sua expedição ou conteúdo.

36. Comentário a acórdão in *RDA* 14/53 e ss., outubro-dezembro/1948.

37. *Discricionariedade* ..., cit., 2ª ed., 11ª tir., p. 18.

52. É visível, outrossim, por força disto mesmo, que a discricionariedade é sempre e inevitavelmente *relativa*. E é relativa em diversos sentidos.

Veja-se: é *relativa*, no sentido de que, seja qual for o âmbito de liberdade conferido, só dirá respeito àqueles tópicos que a lei haja remetido à apreciação do administrador e não a outros tópicos concernentes ao ato, mas sobre os quais a norma já haja resolvido de maneira a não deixar margem para interferência do agente. Assim, *e.g.*, se a norma disser que a Administração "*poderá* conferir um prêmio de tantos reais ao funcionário que contar com 40 anos de serviço sem nenhuma falta e sem haver sofrido sanção disciplinar alguma", o agente disporá de certa liberdade para expedir ou não o ato atributivo do prêmio, mas não disporá de liberdade nem quanto ao conteúdo dele (a outorga do número de reais fixado em lei), nem quanto aos pressupostos ensejadores do ato, isto é, seus motivos (o tempo de serviço fixado e a ausência de faltas e sanções). De outro lado, se a lei estatuir que a Administração "*deverá* atribuir um prêmio de tantos reais ao funcionário que no ano de 1996 haja desenvolvido a atividade mais relevante para o serviço público", o agente disporá de certa liberdade para eleger o servidor mais qualificado para recebê-lo, mas não disporá de liberdade nem quanto à expedição do ato atributivo do prêmio, nem quanto ao montante dele.

Vê-se, aí, ao propósito de um *mesmo ato*, o convívio entre vinculação e discricionariedade.

53. A discricionariedade é *relativa*, ainda, no sentido de que, por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consonante com a busca da *finalidade legal* em vista da qual foi atribuída a competência. Logo, seja qual seja a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, que isto configuraria "desvio de poder", nem por razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra *sub* execução, sob pena de também incidir no mencionado vício. Por isto, Seabra Fagundes, depois de anotar que se a lei prevê que um dado ato deva ser praticado em vista de uma dada finalidade, outra não pode ser com ele buscada, averbou: "Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal".[38]

38. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Forense, pp. 72-73.

Ainda aqui, em relação a qualquer ato, portanto, coexistirão vinculação e discricionariedade.

54. A discricionariedade, também é *relativa* no sentido de que a liberdade deferida pela lei só existe na *extensão*, *medidas* ou *modalidades* que dela resultem. Assim, se a lei permitir ou determinar que se atribua um prêmio fixado entre tantos e tantos reais na hipótese tal ou qual, ou que se apliquem as sanções "x" ou "y" a quem pratique as infrações de determinada compostura, uma vez ocorrentes os correlatos supostos normativos, haverá liberdade dentro do campo de alternativas abertas, mas não haverá para outorgar um prêmio inferior ou superior ao mínimo e máximo estabelecidos, nem para aplicar a penalidade "z", diversa, portanto, das sanções "x" e "y" predeterminadas.

Logo, estarão concorrentes vinculação e discricionariedade ao propósito dos mesmos atos.

55. É *relativa*, ademais, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas zonas "de certeza positiva" e "de certeza negativa" nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade. Referimo-nos a expressões tais como "notável saber", "situação urgente", "pobreza", "comportamento indecoroso", "reputação ilibada", "ocorrências que comprometam sua situação econômica", as quais, bastas vezes, são adotadas para caracterização dos motivos que facultam ou impõem a prática de determinado ato.

Isto é, o agente público estará sempre "vinculado" ao campo de certeza positiva e ao campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma intelecção desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar.

Assim, também, não poderá atribuir-lhes sentido desligado do contexto em que se aloca e de sua ubicação na lei e na inteireza da ordenação jurídica em que esteja encartada.

Segue-se que a discrição administrativa, relativa a qualquer ato praticado a partir de supostos normativos fluidos, estará adstrita a um espaço todo ele circundado de vinculação. Daí havermos, em

obra teórica sobre o tema, apostilado: "*A discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de ineliminâveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda.* Fora daí, não haverá discricionariedade, mas vinculação".[39]

Nota-se, pois, também neste aspecto, que vinculação e discricionariedade se entrelaçam.

56. Finalmente, a discricionariedade é *relativa*, no sentido de que, ainda quando a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, *tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente* diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra. É dizer: ante as particularidades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções *para atendimento do fim legal* fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei, e pode ocorrer, até mesmo que, *à toda evidência,* não lhe reste *senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo*, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação. Em síntese: a discrição ao nível da norma é condição necessária, mas nem sempre suficiente, para que subsista nas situações concretas.

A razão disto está no seguinte. A lei, como é óbvio, almeja a adoção do comportamento capaz de atender o interesse público da maneira mais satisfatória. Ora, se a norma de direito sempre tipificasse em termos rígidos a conduta do administrador – inibindo-o de avaliar e tomar em conta a particularidade das situações – ao ser aplicada, dada a variedade e compostura polifacética da realidade empírica, em vez de bem acudir aos interesses e finalidades pretendidos, resultaria em desatendimento ou mau atendimento deles. Assim, exatamente por pretender a solução adequada para a circunstância, é que a lei, nas hipóteses em que comporta discrição, está redigida em termos aptos a conferir ao administrador – que é quem está acercado das individualizadas situações concretas – o encargo de apurar o modo correto de implementar o escopo legal. Segue-se disto que a variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discrição, não significa que repute quaisquer delas igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação; *logo, não significa que o administrador está liberado para adotá-las*

39. *Discricionariedade* ..., cit., 2ª ed., 11ª tir., pp. 31-32 (grifos do original).

indiscriminadamente perante quaisquer casos. Significa exatamente o contrário. Ou seja: significa que considera algumas adequadas para certos casos e outras para outros casos, *a serem deslindados à vista das situações concretas*, razão porque necessitou apresentar alternativas ou um leque delas. É, certo, pois, que o administrador, ao decidir-se, está inexoravelmente obrigado a eleger o comportamento cabível "vinculado" à compostura do caso.

57. Veja-se: se a lei admitir, no caso de infrações a regras de trânsito, aplicação de sanções tais como advertência, multa, suspensão do exercício da atividade, e cancelamento da licença para dirigir, sem especificar com exata precisão quais delas aplicar-se-ão a tais ou quais comportamentos infracionais, à toda evidência o administrador não poderia aplicar esta última, a mais grave delas, a um motorista que, permanecendo na direção do veículo, houvesse estacionado em local proibido. E, se estivesse apenas tentando manobrar para efetuar dito estacionamento, é óbvio que mais não caberia senão uma simples advertência. Finalmente, se o ato de estacionar houvesse se efetuado para recolher pessoa que acabara de se acidentar no local e que demandava cuidados para seu transporte, *nenhuma sanção poderia ser aplicada*.

O que se vem de dizer deixa claro que, no primeiro exemplo, o administrador *não teria discricionariedade* para aplicar a sanção nele cogitada; de que, no segundo, estaria "vinculado" a fazer uma simples advertência e, no terceiro, "vinculado" a abster-se de produzir qualquer ato sancionatório. Ora, isto demonstra duas coisas, a saber:

a) uma, a de que a situação concreta *afunila* o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e *pode eliminá-lo* por completo e, consequentemente,

b) outra, de que o Judiciário, a instâncias do interessado, pode e deve analisar amplamente as circunstâncias de fato em vista das quais a Administração expediu determinado ato "*sub color* de exercitar discrição comportada pela dicção normativa", *para conferir se, "in casu", houve ou não e em que termos o afunilamento ou eliminação da discricionariedade hipoteticamente prevista*, sem que nisto haja qualquer invasão do campo discricionário do agente, mas pura e simples investigação da legalidade de seu comportamento. Com efeito, tratar-se-á aí de averiguar se houve correta subsunção do fato à hipótese ensejadora do uso da discrição, porquanto esta só

poderia persistir e ser utilizada em sintonia com a finalidade abrigada na lei ao presumir a liberdade de avaliação.

58. Do que foi dito resultam também duas outras conclusões indissoluvelmente ligadas; a saber: *não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a contemple, porque é imprescindível analisar o caso concreto, pois a discrição ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão.*

São precisamente estes pontos importantíssimos que ficam escamoteados ao se falar simplificadamente em "ato discricionário" e em "ato vinculado". É que ditas fórmulas, como se procurou demonstrar, induzem a uma errônea compreensão do fenômeno jurídico em causa, distorcem-lhe a fisionomia, obstaculizam seu entendimento e ocultam aspectos capitais dele. Daí que terminam por induzir a conclusões inteiramente falaciosas das quais resulta o danosíssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e consequente comprometimento da defesa de direitos individuais.

Se tal risco é menos evidente em face de exemplos como os aventados – pois foram adrede compostos para exibir situações em que, intuitivamente, aceitar-se-ia, de imediato, o cabimento da correção judicial – não o é na grande maioria dos casos cuja fisionomia não tenha, por si, a mesma força aliciante, já que a tradicional referência a "ato discricionário" atrairia o espírito para o mero exame da dicção legal e para sua insidiosa resultante, qual seja: a de que se a lei conferiu discrição, "o ato possui tal caráter" e o Judiciário não pode interferir, pena de estar se substituindo ao administrador e sonegando-lhe uma liberdade que a lei lhe outorgou.

Não há como esquivar-se a equívocos de tal monta sem ter da discricionariedade uma noção *teoricamente* correta. Não há como correr-se de erronias na matéria sem se aperceber que a discricionariedade, na regra de direito, é apenas uma suposição, pois *só irrompe* ante o caso concreto, *só se revela e se dimensiona à vista dele* e que, de conseguinte, o juiz necessita investigar os fatos precisamente para aferir se existia, *in casu*, real consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira e aquilo que o ato efetuou.

X. Conclusão

59. Em síntese conclusiva: os motivos e a finalidade indicados na lei, bem como a causa do ato, fornecem as limitações ao exercício da discrição administrativa.

Mesmo quando a norma haja se servido de conceitos práticos, isto é, algo imprecisos, para designar os motivos ou a finalidade, ainda assim persistem como prestantes para demarcar a discrição. Isto porque todo conceito, por imperativo lógico, é uma noção finita, que tem contornos reconhecíveis.

Dentro de um sistema jurídico-positivo, a própria fluidez dos conceitos é menos acentuada que na linguagem corrente, pois a interpretação contextual reduz a margem de nebulosidade e de imprecisão deles. O próprio conjunto das regras jurídicas fornece achegas, outorga subsídios, confere indícios para circunscrever o campo duvidoso das palavras, de tal modo que o Judiciário poderá, socorrendo-se das indicações extraídas da função do conceito legal dentro do texto, de seu significado no contexto em que se insere o instituto jurídico e dentro do sistema positivo como um todo, encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa.

60. Esta tarefa é interpretativa. Consiste, portanto, em desvendar uma vontade que preexiste no próprio Direito Positivo. Traduz-se em operação lógica orientada para reconstituir uma significação objetiva, um pensamento estranho – *o do Direito constituído* –, e, por isso mesmo, não traz consigo qualquer agravo à verdadeira discrição, pois nada faz além de reconhecer as fronteiras que lhe desenham a extensão.

Apoderado o sentido das palavras legais e do próprio espírito que lhes anima o enunciado, em trabalho que se profunda até o ponto em que surjam dúvidas ou imprecisões *ineliminá*veis *totalmente*, o Judiciário estabelece o confronto entre o ato administrativo e as imposições que lhe incumbiria atender.

Para tanto coteja os fatos do mundo real, em que se pretende estribada a Administração, com a previsão hipotética deles, a ver se os primeiros *realmente* se subsomem ao enunciado normativo. Além disto, perquire o móvel, a intenção do agente, para aferir seu ajuste à finalidade da lei, posto que a norma não prestigia comportamentos produzidos em desarmonia com os objetivos públicos em geral e

com o objetivo público específico correspondente à tipologia do ato exarado.

Por derradeiro: se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso.

61. Todo este procedimento é não apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas, sobretudo, um dever indeclinável, porque corresponde exata e até literalmente à dicção do Direito no caso concreto. É o meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade, noção cardeal no Estado de Direito. Ademais, representa a expressão concreta de dois outros princípios magnos: o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de ato fundado precedentemente em lei e o de que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

Este exame é tanto mais necessário quando se sabe que os riscos para os direitos e garantias individuais – valores especialmente caros ao Estado Moderno – avultam sobreposse nos casos em que a Administração desfruta de certa discricionariedade.

62. Com efeito: a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende.

Esta forma de ilegalidade não é menos grave que a anterior. Pelo contrário. Revela maior grau de periculosidade para o sistema normativo e para a garantia da legalidade, justamente porque, não sendo tão perceptível, pode, às vezes, escapar das peias da lei, propiciando à Administração subtrair-se indevidamente ao crivo do Poder Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou cauteloso em demasia na investigação dos atos administrativos.

É, pois, precisamente em casos que comportam discrição administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdiciona-

dos, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

63. Finalmente, este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombradamente das vias mencionadas.

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Faculdade 7 de Setembro
FA7
Fortaleza
Ceará

Capítulo XX

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR COMPORTAMENTOS ADMINISTRATIVOS

I. Introdução. II. Responsabilidade e sacrifício de direito. III. Originalidade da responsabilidade pública. IV. A responsabilidade do Estado e o Estado de Direito. V. Evolução da responsabilidade por atos administrativos. VI. Fundamentos da responsabilidade do Estado. VII. Questões capitais sobre a responsabilidade estatal. VIII. Os sujeitos que comprometem o Estado. IX. Caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade. X. O dano indenizável. XI. Excludentes da responsabilidade do Estado. XII. A responsabilidade do Estado no Brasil.

I. Introdução

1. Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

2. Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Esta noção é, hoje, curial no Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumi-la em 1946 e 1947, respectivamente, embora sem a extensão que seria de desejar, posto que ainda apresenta caracteres algo restritivos.

II. Responsabilidade e sacrifício de direito

3. É importante esclarecer que o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, *sacrificando* certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação.

Nestes casos – que incluem, além dela, inúmeros outros, como o tombamento, a servidão, a requisição, a chamada ocupação temporária –, consoante correta e arguta observação do publicista Maurício Zockun, a indenização deve ser prévia. É que, como disse ele, "(...) se a produção de um ato estatal tiver o condão de sacrificar de modo especial e anormal um direito economicamente mensurável, sua entrada em vigor está *condicionada* ao pagamento de prévia indenização, tal como sucede nos casos de desapropriação ordinária". Anotou o ilustrado autor, com implacável lógica: "(...) se a ausência de prévia indenização coloca-se como um obstáculo constitucionalmente intransponível à efetivação da desapropriação, pela mesma e idêntica razão as demais formas de sacrifício de direito também exigem a prévia recomposição patrimonial do administrado em sua entrada em vigor caso tal medida seja (i) antecipadamente conhecida e determinável, (ii) economicamente mensurável, (iii) especial e (iv) anormal".[1]

Como não é isto o que ocorre na generalidade dos casos de responsabilidade do Estado, percebe-se que a diferença de regimes entre uns e outros é mais que suficiente para apartar juridicamente as duas situações e colocar os casos de mero sacrifício de direito fora do âmbito da responsabilidade do Estado.

Renato Alessi, em sua clássica monografia sobre *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*,[2] assinala que só cabe falar em responsabilidade, propriamente dita, quando alguém *viola* um direito alheio. Se não há *violação*, mas apenas debilitamento, *sacrifício* de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não está em pauta o tema responsabilidade do Estado.

1. *Responsabilidade Patrimonial do Estado*, Malheiros Editores, 2010, p. 138.
2. Ob. cit., 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1955, pp. 155 e ss.

4. Com efeito: a ordem jurídica pode prever e prevê o eventual contraste entre dois interesses, ambos valiosos e ambos merecedores de tutela e proteção. Prevê igualmente a solução nestes casos.

Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de poder-se realizar outro interesse maior. Vale dizer: opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial.

5. Não há falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, *sacrifica* um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo *conteúdo jurídico intrínseco* consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.

A doutrina italiana costuma reservar a palavra *indenização* para estas hipóteses, fazendo uso do termo *ressarcimento* para os casos de responsabilidade. Refere-se a estes direitos, minimizados por uma ação estatal autorizada por lei, como *diritti affievoliti* ou *diritti che affievoliscono*, isto é, direitos enfraquecidos ou direitos que enfraquecem – que se debilitam.

6. Não conservaremos a distinção *terminológica* entre as palavras *indenização* e *ressarcimento*, mas acolhemos, por sua indiscutível procedência, o discrímen entre sacrifício de direito e responsabilidade do Estado.

7. Do que se expôs *não se segue*, entretanto, a *impossibilidade de uma real, verdadeira, responsabilidade do Estado por atos lícitos*, como ao diante se verá. Nesse ponto afastamo-nos das conclusões de Alessi.

8. Parece-nos que só desassiste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder – consoante já se disse – cujo conteúdo reside *especificamente* em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial.

Pelo contrário, *caberá falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos* nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legi-

timamente exercido acarreta, *indiretamente*, como simples consequência – não como sua finalidade própria –, a lesão a um direito alheio.

9. Vale dizer: há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, *violando-os*, como mero subproduto, como simples resultado ou sequela de uma ação legítima.

Sirva de exemplo o mencionado pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello do ato que determina, legitimamente, o nivelamento de uma rua. Procedido este, com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão, inevitavelmente, abaixo ou acima do nível da rua, com manifestos prejuízos para seus proprietários.

É evidente que o conteúdo do poder atribuído ao Estado não consistia em sacrificar o direito de alguém. Não era esta a finalidade visada pela norma que investia a Administração em poderes para determinar o nivelamento da rua. Sem embargo, resultou, como consequência desta atuação legítima – orientada para outra finalidade –, a *violação* do direito de alguns proprietários lindeiros à rua nivelada.

10. Percebe-se que a situação é inteiramente distinta dos casos em que a lei autoriza a desapropriar, destruir preventivamente certos bens etc. Com efeito: aqui a norma autorizadora legitima um comportamento cujo alcance não é outro senão sacrificar o direito a ser atingido. Na situação dantes mencionada (nivelamento da rua), a norma autorizadora não tem em vista qualquer sacrifício de direito. O direito de alguém é atingido, é transgredido, como sequela de uma atividade legítima que tinha em mira satisfazer outro interesse jurídico.

11. Alessi percebe e registra a distinção entre os dois tipos de hipóteses;[3] contudo, a nosso ver sem razão, unifica a ambos como casos de sacrifícios de direitos ensejadores de indenização e excluídos do âmbito da responsabilidade propriamente dita.

12. Entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os casos em que o Direito confere à Administração poder jurídico *diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem*. Diversamente, consideramos inclusos no tema responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado,

3. Ob. cit., pp. 131, *in fine*, e 132.

orientada para certo fim não necessariamente entrechocante com direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.

III. Originalidade da responsabilidade pública

13. Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo.

14. Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.

As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas.

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.

Ao respeito, Forsthoff, referindo-se ao Direito alemão, observou: "Desde sua instauração, a responsabilidade do Estado ganhou continuamente em extensão. A interpretação extensiva a amplia cada vez mais. Isto nada tem de estranho. O que fomentou a responsabilidade do Estado não foram apenas motivos ideológicos nem, concre-

tamente, a ideologia do Estado de Direito. Ao lado dela, na interpretação do art. 34 influi com força decisiva o fato de que o elemento estatal adquire uma crescente prepotência e o indivíduo está à sua mercê em um número cada vez maior de relações de sua existência individual. Por isso é iniludível que suas relações com o Poder Público transcorram na forma do Direito, em medida incomparavelmente maior do que jamais o fora. Daí que a necessidade de proteção jurídica é também mais forte, não por consequência de qualquer ideologia – conquanto a ideologia do Estado de Direito, como é lógico, haja tido também sua participação – mas como consequência necessária de uma situação de fato que se produz todos os dias".[4]

Finalmente, é de lembrar que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a Sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.

15. Por tudo isto, a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

16. Daí que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado. Progride, continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados.

No que respeita às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal por danos, seu marco superiormente avançado é a responsabilidade por atos legislativos – o que já sucede, em alguns casos, nos tempos hodiernos. Aceita-se, ainda, embora muito estritamente, responsabilidade por atos jurisdicionais.

No que atina às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independente de culpa ou procedimento contrário ao Direito. Essa fronteira também já é território incorporado, em largo trecho, ao Di-

4. Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. da 5ª ed. alemã, Madri, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 419-420.

reito contemporâneo. Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, dita Emenda 1 à "Constituição" de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, § 6º.

O ponto extremo da responsabilidade do Estado e para o qual vai a caminho é a teoria do *risco social*, segundo cujos termos esta se promove mesmo com relação a danos não imputáveis à ação do Poder Público. Consoante Laubadère, aplica-se no Direito francês apenas "dans le cadre de certaines législations particulières, le cas typique étant celui des dommages de guerre".[5]

IV. A responsabilidade do Estado e o Estado de Direito

17. Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

18. Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.

Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.

5. André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., vol. I, LGDJ, p. 611.

19. Com efeito, é parte integrante da lei tanto o que consta de sua literalidade quanto o que se contém no seu espírito, ou, segundo as palavras do eminente constitucionalista americano Black, "o dita-me implícito na lei é tanto parte de seu conteúdo como o que nela vem expresso".[6]

Aliás, esta verdade, como máxima de interpretação, é proclamada desde tempos remotos. Em carta aos Coríntios, São Paulo averbou: "Littera enim occidit spiritus autem vivificat" (*Epist.* II, Cap. 3, vers. 6). E Celsus deixou apostilado: "Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem" (*Digesto*, livro I, tít. III, fr. 17).

Donde, só aqueles apegados à mais pedestre das interpretações literais não podem perceber que a própria noção de Estado de Direito impõe, como seu consectário natural, a responsabilidade pública por atos danosos a terceiros.

20. Acompanhamos, sem restrições, a lição de Eduardo Sotto Kloss: "Quem diz Direito diz, pois, responsabilidade".

Perfilhamos ainda seu entendimento de que a ideia de República (*res publica* – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, "onde não há sujeitos fora do Direito". Procede inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo.[7]

21. Por tudo isto não cremos que se possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do princípio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto expresso dispondo sobre a matéria. Igualmente, parece-nos sem fomento jurídico satisfatório buscar apoio em regras do Direito Privado para sustentar-lhe a existência, uma vez que a base para admiti-lo reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito.

22. Inobstante as colocações *supra* pareçam de uma lógica inconfutável, a tese da responsabilidade pública, mesmo após o surgimento do Estado Constitucional, não se impôs com facilidade.

6. Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing Co., 1896, p. 62, n. 33.

7. *Revista de Derecho Público* 21-22/152-153, Universidad de Chile, janeiro-dezembro/1977.

V. Evolução da responsabilidade por atos administrativos

23. Tendo em conta a evolução da responsabilidade estatal e sua direção contínua no sentido de ampliar a proteção aos participantes, parece útil examinar-se, conquanto de espora fita, sua trajetória, que é, também, o desvelar das diversas teorias surdidas a respeito.

Uma visão, *per summa capita*, dos pontos fundamentais permitirá tirar a lume o panorama da responsabilidade do Estado. Como se sabe, o grande desenvolvimento dela proveio do Direito francês e através da construção pretoriana do Conselho de Estado. De conseguinte, é de bom aviso tomar como referência fundamental os marcos encontradiços no Direito daquele país.

a) Princípio da irresponsabilidade do Estado

24. Na origem do Direito Público em geral vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado. Vedel observa que: "L'idée selon laquelle la puissance publique doit répondre des dommages qu'elle cause, si naturelle qu'elle nous paraisse, ne s'est pas installée sans rencontrer de résistance. A l'origine elle se heurtait au principe selon lequel, l'État, étant souverain, ne pouvait mal faire, au moins lorsqu'il agissait pour voie d'autorité".[8]

Com efeito, é sobejamente conhecida a frase de Laferrière: "O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; bem como as fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: "Le roi ne peut mal faire", como se afirmava na França, ou: "The King can do not wrong", que é a equivalente versão inglesa.

25. Estas assertivas, contudo, não representavam *completa* desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado. Isto porque, de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII);[9] de outro lado, também se admitia responsabilidade

8. Georges Vedel, *Droit Administratif*, 3ª ed., refundida, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, p. 240.

9. As leis da época assim se identificam. Estão reportadas ao "calendário republicano", isto é, instaurado pela Revolução Francesa. O ano I teve início à meia noite de 22 de setembro de 1792 do calendário gregoriano e foi utilizado até ser abolido por Napoleão, em 1805, tendo vigorado, pois, durante 13 anos, já que a partir de 1º

por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais.[10]

26. Demais disso, o princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas consequências gravosas para os particulares pela admissão da responsabilidade *do funcionário*, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento *pessoal*, seu. É bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma "garantia administrativa dos funcionários". Instituída pelo art. 75 da Constituição do Ano VIII (de 13 de dezembro de 1799), estabelecia que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia. Disposições análogas existiam na Alemanha, nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse, consoante noticia Forsthoff (ob. cit., p. 415).

A norma francesa de garantia dos funcionários viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro, época em que já há muitíssimos anos não mais estava em vigor a Constituição do Ano VIII e a disposição protetora era recebida como sobrevivente apenas com força de lei.

b) Princípio da responsabilidade do Estado

27. O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado "não é nem geral nem absoluta" e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sor-

de janeiro de 1806 foi substituído. O ano era dividido em doze meses iguais, de 30 dias cada. Denominavam-se: Vendemiário, Brumário, Frimário, Nivoso, Pluvioso, Ventoso, Germinal, Floreal, Prairial, Messidor, Termidor e Frutidor. 28 Pluvioso do ano VIII, de acordo com a tabela de conversão, corresponde a 17 de fevereiro de 1800.

10. Jean Rivero, *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1965, p. 238.

te que evolui de uma responsabilidade *subjetiva*, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade *objetiva*, vale dizer, *ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso*.

c) Responsabilidade subjetiva do Estado

28. Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.

Cai a lanço cita literal de Bénoît que alcança, com finura, sua significação, ao dizer: "Par la suite, l'évolution des idées sur l'État, considéré non plus exclusivement comme une puissance mais aussi comme un prestataire de services, permettra de développer une responsabilité administrative fondée sur la notion de mauvais fonctionnement du service, *forme publicisée de la notion de faute*".[11]

29. Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

Portanto, a *culpa individual passa a ser apenas uma das modalidades* que ensancham responsabilização do Estado. Bem o diz André de Laubadère:

"La faute administrative peut revêtir l'un ou l'autre des deux aspects suivants:

"Elle peut, d'une part, consister en une faute individuelle, commise par un agent qu'il est possible d'identifier (...).

11. Francis-Paul Bénoît, *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 677.

"Mais la faute administrative peut également consister en une faute anonyme dont l'auteur n'apparait pas d'une manière claire sous la forme d'un fonctionnaire identifiable: c'est le service dans son ensemble qui a mal fonctionné (...).

"La jurisprudence a du reste donné a ce type de faute administrative le nom, sans doute purement métaphorique mais fort expressif, de faute du service public."[12]

30. É mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.[13]

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

31. É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como "falta" (ausência), o que traz ao espírito a ideia de algo objetivo.

Outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano é a circunstância de que na responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma "presunção de culpa", pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente.

Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demons-

12. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, cit., 3ª ed., vol. I, p. 614.

13. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1969, pp. 482-483.

trar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa –, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.

O argumento de que a falta do serviço (*faute du service*) é um fato objetivo, por corresponder a um comportamento *objetivamente inferior aos padrões normais* devidos pelo serviço, também não socorre os que pretendem caracterizá-la como hipótese de responsabilidade objetiva. Com efeito, a ser assim, também a responsabilidade por culpa seria responsabilidade objetiva (!), pois é culposa (por negligência, imprudência, ou imperícia) a conduta *objetivamente inferior* aos *padrões normais* de diligência, prudência ou perícia devidos por seu autor.

O que cumpre distinguir é a objetividade de *dada conduta*, à qual se atribui o dano, e a objetividade da *responsabilidade*. A primeira é sempre objetiva, pois o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda sê-lo-á ou não.

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.

32. O próprio Paul Duez, a quem se deve a sistemática apresentação das três modalidades da *faute du service*, ao enunciá-las faz expressa menção à *culpa*, recorrendo a expressões latinas. Diz o autor chamado à colação que tais faltas podem ser agrupadas sob três títulos: "1) le service a mal fonctionné (*culpa in committendo*); 2) le service n'a pas fonctionné (*culpa in ommittendo*); 3) le service a fonctionné tardivement".[14]

14. *La Responsabilité de la Puissance Publique*, Paris, 1927, p. 15 (os grifos são do autor).

Por isso, o mesmo Mestre, páginas antes, já acentuara: "Ce n'est pas le *fait* du service, mais la *faute* du service qui donne ouverture à indemnité pour la victime du dommage".[15]

33. É que, como bem acentuou, nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta responsabilidade. O Conselho de Estado francês aprecia *in concreto* a falta, levando em conta a "*diligência média* que se poderia legitimamente exigir do serviço".[16]

É sabido que a culpa relaciona-se com *negligência* (noção antitética à de diligência), imprudência ou imperícia. Donde, a responsabilidade por falta de serviço é, indubitavelmente, responsabilidade subjetiva.

d) Responsabilidade objetiva do Estado

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

34. Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente *objetiva*, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, *responsabilidade pelo risco* administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente.

Jean Rivero distingue casos de responsabilidade *objetiva* por risco, quais os de acidentes de trabalho sofridos por agentes da Administração e danos causados por coisas perigosas (como explosivos, linhas de transmissão de energia elétrica, armas utilizadas pela polícia etc.), dos casos de responsabilidade *sem qualquer culpa ou deficiência do serviço,* mas que *não procedem do risco administrativo*. Seriam, na verdade, danos *por atividade lícita*, em que também cabe responsabilidade objetiva do Estado. Consoante indica, configurariam tais situações as hipóteses de danos decorrentes de obras públicas não perigosas e que excedem os inconvenientes ordinários de vizinhança, bem como as medidas de ordem econômica ou social

15. Ob. cit., p. 11 (grifos do autor).
16. Ob. cit., p. 14 (o grifo é nosso).

impostas a uma empresa em nome do interesse geral. De todas as hipóteses faz completa documentação jurisprudencial.[17]

VI. Fundamentos da responsabilidade do Estado

35. Não há confundir as condições deflagradoras da responsabilidade do Estado supramencionada com os fundamentos da responsabilidade estatal.

Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, a dizer, consiste na razão pela qual são estabelecidos os vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano. Ou, dizendo com maior rigor: consiste naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização.

36. A nosso ver, o fundamento se biparte.

a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

VII. Questões capitais sobre a responsabilidade estatal

37. Sem prejuízo de outros problemas, também relevantes, quatro são as questões fundamentais que se põem a respeito da responsabilidade do Estado por comportamentos administrativos. A saber:

17. *Droit Administratif*, 3ª ed., Paris, Dalloz, pp. 253-254.

– Quais os sujeitos cujo comportamento pode comprometer responsabilidade estatal?

– Quais os caracteres da conduta lesiva necessários para engajamento da responsabilidade, ou seja: basta a mera objetividade de um comportamento público gerador (ou ensejador) do dano ou é necessário que nele se revele culpa ou dolo?

– Quais as características do dano para que seja indenizável?

– Quais as hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal?

Sobre todas elas vamos nos debruçar nos tópicos seguintes, conquanto de modo breve.

VIII. Os sujeitos que comprometem o Estado

38. Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação *psicológica* e vida *anímica* próprias. Estas, só os seres físicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, *juridicamente* falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade.

39. Assim como o Direito constrói a realidade (jurídica) "pessoa jurídica", também constrói para ela as realidades (jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado.

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou maldesempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se – isto, sim – se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois,

entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

40. Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.

Nesta qualidade ingressam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.[18]

41. Ademais, *para fins de responsabilidade subsidiária do Estado*, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob *concessão* ou *delegação* explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de *serviço público* propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder *subsidiariamente* – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.

42. Indicadas as pessoas cuja conduta compromete a responsabilidade do Estado, cumpre verificar *quando esta condição subjetiva* tem o relevo necessário para desencadear tal comprometimento. Sendo certo que a pessoa também atua em situação totalmente alheia à qualidade de agente, importa fixar o que se reputará necessário para configurar atuação (ou omissão indevida) imputável à qualidade jurídica de "agente do Estado".

Temos por induvidoso que haverá engajamento do Estado quando o dano produzido pelo sujeito o foi porque seu autor era um agente estatal. Vale dizer: porque a pessoa que o produziu detinha aquele *status* jurídico.

18. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, São Paulo, Ed. RT, 1972, pp. 62 e ss.

43. Daí, que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público.

Não importará, de conseguinte, para efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente. Não importará, para tais fins, o saber-se se os poderes que manipulou de modo indevido continham-se ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, *em razão de o autor ser funcionário*, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal.

IX. Caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade

44. Problema crucial é o saber-se se basta a mera objetividade de uma conduta estatal lesiva a terceiro ou se é necessário que o comportamento danoso seja viciado por culpa (ainda que na modalidade de falta de serviço, cf. ns. 28 a 33) ou dolo.

45. Parece-nos que a solução correta do problema, *à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito* – prescindindo-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos *Constitucionais* –, exige o discrímen de três situações distintas, a saber:

a) Casos em que é *o próprio comportamento do Estado que gera o dano*. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, *comissiva*, do Estado.

b) Casos em que *não é uma atuação do Estado* que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o *dever de evitar*. É a hipótese da "falta de serviço", nas modalidades em que o "serviço não funcionou" ou "funcionou tardiamente" ou, ainda, funcionou de modo incapaz de obstar à lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se, aqui, apenas, de conduta *omissiva* do Estado *ensejadora* (não causadora) de dano.

c) Casos em que também não é uma atuação do Estado que produz o dano, contudo é por atividade dele que se *cria a situação pro-*

piciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral – embora nem sempre – em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento *ativo* entra, de *modo mediato*, porém decisivo, na linha de causação.

a) Danos por ação do Estado

46. Na primeira hipótese – o Estado gera o dano, produz o evento lesivo – entendemos que é de aplicar-se a *responsabilidade objetiva*. A própria noção de Estado de Direito postula esta solução.

47. Deveras, já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isto, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal *comissivo* gera, produz, causa, dano a alguém.

48. Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia.

49. Com efeito, o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta *comissiva legítima* e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe sempre ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar

ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

55. Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão *normal* tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estádio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

56. Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omisso, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão.

Por exemplo: se o Poder Público licencia edificações de determinada altura, não poderá deixar de ter, no serviço de combate a incêndio e resgate de sinistrados, meios de acesso compatíveis para enfrentar eventual sinistro. Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhes permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela.

57. Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente orga-

nizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.

58. Compreende-se que a solução indicada deva ser a acolhida. De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido *condição* do dano, e não *causa*. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.

É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver *de direito obrigado a impedi-los*.

59. Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o "serviço não funcionou". A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.

60. Finalmente, quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de "culpa presumida", pois, se o Poder Público provar que não houve omissão culposa ou dolosa, descaberá responsabilizá-lo; diversamente do que ocorre na responsabilidade objetiva, em que nada importa se teve, ou não, culpa: responderá do mesmo modo.

Com efeito, nos casos de "falta de serviço" é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido

ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-la em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.[19]

61. Ao contrário do que se passa com a responsabilidade do Estado por comportamentos *comissivos*, na responsabilidade por comportamentos *omissivos a questão não se examina nem se decide pelo ângulo passivo da relação* (a do lesado em sua esfera juridicamente protegida), *mas pelo polo ativo da relação*. É dizer: são os caracteres da omissão estatal que indicarão se há ou não responsabilidade.

Não se pode, portanto, enfocar todo o problema da responsabilidade do Estado por comportamentos unilaterais a partir da situação do lesado, ou seja, daquele que sofreu um "dano injusto". É que, tratando-se de responsabilidade por comportamento estatal omissivo, o dano não é obra do Estado. Por isso cabe responsabilizá-lo se o seu comportamento omissivo era censurado pelo Direito. Fora daí, quando couber, a responsabilidade será de outrem: do próprio agente do dano.

A responsabilidade estatal repontará apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido, atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido.

62. É corretíssima, portanto, a posição sempre e de há muitos lustros sustentada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – que serviu de fundamento e de norte para os desenvolvimentos con-

19. Até a 20ª edição falávamos que a presunção de culpa existiria "em inúmeras situações" de falta de serviço. Hoje, conforme consta do texto, entendemos que existe em qualquer situação de falta de serviço.

tidos neste trabalho –, segundo quem a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo.

Com efeito, a lição perfeita do citado Mestre está sintetizada com absoluta precisão nas seguintes palavras: "A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados".

Já, a responsabilidade objetiva tem lugar em hipótese distinta, como expõe o mencionado autor:

"A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade.

"Consiste em ato comissivo, positivo, do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunda em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista o proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa."[20]

Sem embargo do quanto se disse, entendemos que – reitere-se e enfatize-se – *nos casos de responsabilidade por omissão, isto é, em que a responsabilidade é subjetiva, deve-se considerar que vigora uma "presunção de culpa" do Poder Público. Dessarte, o lesado não necessita fazer a prova de que existiu culpa ou dolo.* Sem embargo, se a entidade pública provar que sua omissão – propiciatória do dano – não decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (hipóteses de culpa) ou de dolo, *ficará excluída a responsabilidade.*

63. Os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes:

1. *fato da natureza* a cuja lesividade o Poder Público não obstou, embora *devesse fazê-lo*. Sirva de exemplo o alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que

20. Ob. e vol. cits., p. 487.

não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão;

2. *comportamento material de terceiros* cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo. Cite-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes, desidiosos.

c) Danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado

64. Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo *é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende*. Vale dizer: são hipóteses nas quais *é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano*. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da *responsabilidade objetiva*.

Com efeito, nas hipóteses ora cogitadas, uma atuação positiva do Estado, sem ser a geradora imediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação. O caso mais comum, embora não único (como ao diante se verá), é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do quê o Poder Público expõe terceiros a risco. Servem de exemplos o assassinato de um presidiário por outro presidiário; os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em depósito militar em decorrência de um raio; lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear cujo equipamento protetor derrocou por avalancha ou qualquer outro fenômeno da natureza etc. Com efeito, em todos estes casos o dano liga-se, embora mediatamente, a um comportamento positivo do Estado. Sua atuação é o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento lesivo, incindivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado.

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem o criou. Depósitos de explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos.

Uma vez que a Sociedade não pode passar sem estes estabelecimentos, instituídos em proveito de todos, é natural que ninguém em

particular sofra o gravame de danos eventualmente causados pelas coisas, animais ou pessoas que neles se encontravam sob custódia do Estado. Daí que os danos eventualmente surgidos *em decorrência desta situação de risco* e por força da proximidade de tais locais ensejarão responsabilidade objetiva do Estado. Com efeito, esta é a maneira de a comunidade social absorver os prejuízos que incidiram apenas sobre alguns, os lesados, mas que foram propiciados por organizações constituídas em prol de todos. Aliás, no caso de danos oriundos de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, o art. 21, XXIII, letra "c", da Constituição expressamente estabelece que "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa".

65. Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, *por ato seu*, situação propícia à eventualidade de um dano.

66. Assim, a explosão de um paiol onde estejam armazenadas munições de guerra, ainda que haja sido provocada por um raio (força da natureza), ensejará *responsabilidade objetiva do Estado* pelos danos causados a pessoas ou bens avizinhados do sinistro.

A fuga de internos em manicômio ou presídio que se homiziem nas vizinhanças e realizem violências sobre bens ou pessoas sediados nas imediações ou que nelas estejam acarretará responsabilidade objetiva do Estado.

67. Cumpre, apenas, esclarecer que a responsabilidade em tais casos evidentemente está correlacionada com o risco suscitado. Donde, se a lesão sofrida não guardar qualquer vínculo com este pressuposto, não haverá falar em responsabilidade objetiva.

Então, se os evadidos de uma prisão vierem a causar danos em locais afastados do prédio onde se sedia a fonte do risco, é óbvio que a lesão sofrida por terceiros não estará correlacionada com a situação perigosa criada por obra do Poder Público. Nesta hipótese só caberá responsabilizar o Estado se o serviço de guarda dos delinquentes não houver funcionado ou houver funcionado mal, pois será caso de responsabilidade por comportamento omissivo, e não pela geração de risco oriundo de guarda de pessoas perigosas.

68. Por razões e critérios idênticos aos que vêm sendo expostos, a responsabilidade objetiva por danos oriundos de coisas ou pessoas perigosas sob guarda do Estado aplica-se, também, em relação aos que se encontram sob tal guarda. Assim, se um detento fere ou mutila outro detento, o Estado responde objetivamente, pois cada um dos presidiários está exposto a uma situação de risco inerente à ambiência de uma prisão onde convivem infratores, ademais inquietos pela circunstância de estarem prisioneiros.

Reversamente, o Estado não responde objetivamente se um raio vier a matar um ou alguns presidiários. Isto porque não há conexão lógica alguma entre a situação de risco e o raio. Com efeito, os raios não têm preferência alguma por cair em presídios. Responsabilidade poderia, eventualmente, existir, mas subjetiva, se as autoridades não houvessem tomado as cautelas normais contra acidentes desta ordem, isto é, as de implantar para-raios no caso de se tratar de local isolado e distante destes defensivos.

A guarda de coisas ou pessoas perigosas, conforme se observou inicialmente, é a hipótese mais comum, mas não é a única, prefiguradora de danos dependentes de situação criada pelo Estado e propiciatória da lesão. Há outros casos em que o Poder Público expõe terceiro a situação igualmente inevitável onde o risco de dano é totalmente assumido pelo Estado.

Sirva de exemplo o acidente de trânsito causado por sinal semafórico que acende concomitantemente para os dois ângulos de um cruzamento (ainda que o defeito se deva a curto-circuito provocado há poucos segundos por um raio incidente sobre o sistema central de controle dos semáforos). Não há cogitar, aqui, de "falta de serviço" para cuja composição seria necessária a culpa ou dolo do Poder Público. Com efeito, em situações deste jaez aplica-se a *responsabilidade objetiva*, pois o Estado expôs terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso.

X. O dano indenizável

69. Inobstante o quanto se expôs, cumpre advertir que não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização.

Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características.

(a) A primeira delas é que o dano corresponda a lesão *a um direito* da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização. Isto é, importa, como disse Alessi, dantes citado, que o evento danoso implique, ademais de lesão econômica, lesão jurídica.

70. Não há confundir dano patrimonial, dano econômico, com dano em direito.

O primeiro é qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá.

O segundo, ademais de significar subtração de um bem ou consistir em impediente a que se venha a tê-lo, atinge bem a que se faz jus. Portanto, afeta o direito a ele. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado.

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.

71. Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

Por isso, a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive o "ponto" ter-se-á destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico.

Pela mesma razão não configura dano jurídico o dano econômico sofrido pelos proprietários de residências sitas em bairro residencial que se converte, por ato do Poder Público, em zona mista de utilização. Não haverá negar a deterioração do valor dos imóveis de maior luxo. A perda da tranquilidade e sossego anteriores tem

reflexos imediatos na significação econômica daqueles bens, mas inexistia direito à persistência do destino urbanístico precedentemente atribuído àquela área da cidade.

72. Não se deve supor que nos casos referidos descabe indenização por serem lícitos os comportamentos causadores do dano. Já se mencionou que há responsabilidade estatal tanto por atos ilícitos como por atos lícitos.

No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito.

Donde, ante atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importa que o dano seja ilegítimo – se assim nos podemos expressar; não que a conduta causadora o seja.

Daí que nas hipóteses focalizadas inexiste responsabilidade *por inexistir agravo a um direito*, isto é, porque foram atingidos apenas interesses econômicos, embora também eles lícitos (mas sem possuírem a consistência de direitos ou sequer dos chamados "interesses legítimos", da doutrina italiana).

O dano juridicamente reparável nem sempre pressupõe um dano econômico. Pode ter havido única e exclusivamente um *dano moral*. Um ato lesivo ao patrimônio moral de outrem às vezes acarreta consequências econômicas detrimentosas para o agravado, ao passo que outras vezes não terá este efeito. Em uma e outra hipóteses, entretanto, é cabível a responsabilização por dano moral. A Constituição de 1988 expressamente prevê (no art. 5º, X) indenização por dano material ou *moral* decorrente de violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas, sem distinguir se o agravo provém de pessoa de Direito Público ou de Direito Privado.

73. Há ainda outro traço necessário à qualificação do dano.

(b) Para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.

Nele se engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo).

74. Estes dois caracteres do dano são indispensáveis, em qualquer caso, para que surja responsabilidade do Estado.

Além disso, são suficientes – quanto à categorização do dano – para ensejar a responsabilidade estatal em certos casos: nos de lesão por comportamentos ilícitos, quer sejam atos ou fatos, comissivos ou omissivos.

Reversamente, são necessários, mas não bastantes, para caracterizar dano reparável nos casos de responsabilidade estatal por comportamentos lícitos, vale dizer, atos ou fatos comissivos (porque nos comportamentos omissivos a responsabilidade depende da ilegitimidade da omissão).

A configuração do dano reparável na hipótese de *comportamentos estatais lícitos* requer que, ademais da certeza do dano e da lesão a um direito, cumulem-se as seguintes duas outras características: *especialidade* e *anormalidade*.

75. Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas.

Por isso não estão acobertadas, por exemplo, as perdas de poder aquisitivo da moeda decorrentes de medidas econômicas estatais inflacionárias.

76. Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.

Por esta razão descabe responsabilidade do Estado pela simples intensificação da poeira numa via pública objeto de reparação, inobstante tal fato provoque, como é natural, deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas adjacentes. Idem com relação à transitória e breve interrupção da rua para conserto de canalizações, cujo efeito será obstar ao acesso de veículos às casas de seus proprietários, o que os obrigará, eventualmente, ao incômodo de alojá-los em outro sítio, com possíveis despesas geradas por isto.

Assim também, não configurariam dano moral providências legítimas, embora às vezes constrangedoras, como a revista, desde que efetuada sem excessos vexatórios, por agentes policiais ou alfandegários em alguma pessoa, seja por cautela, seja por suspeita de que porta consigo arma, bem ou produto que não poderia portar ou que, na circunstância, ser-lhe-ia defeso trazer consigo.

XI. Excludentes da responsabilidade do Estado

77. Nos casos de responsabilidade *objetiva* o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.

78. A culpa do lesado – frequentemente invocada para elidi-la – não é, *em si mesma*, causa excludente. Quando, em casos de acidente de automóveis, demonstra-se que a culpa não foi do Estado, mas do motorista do veículo particular que conduzia imprudentemente, parece que se traz à tona demonstrativo convincente de que a culpa da vítima deve ser causa bastante para elidir a responsabilidade estatal. Trata-se de um equívoco. Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o *causador do dano* foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o *nexo causal*. Isto aparece com nitidez se nos servirmos de um exemplo extremo. Figure-se que um veículo militar esteja estacionado e sobre ele se precipite um automóvel particular, sofrendo avarias unicamente este último. Sem os dois veículos não haveria a colisão e os danos não se teriam produzido. Contudo, é de evidência solar que o veículo do Estado não causou o dano. Não se deveu a ele a produção do evento lesivo. Ou seja: *inexistiu a relação causal* que ensejaria responsabilidade do Estado.

79. De conseguinte, a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano. O problema não se modifica nos casos em que o alheamento estatal em relação à autoria do dano careça de tanta evidência. Tudo se resolverá, sempre, por investigar-se se houve ou se faltou nexo

causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido. A perquirição é que será mais aturada nos casos obscuros, mas seu objeto é o mesmo: verificar se a lesão foi ou não determinada por comportamento do Estado.

80. O que se vem de dizer não interfere com o problema das *concausas*. Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento.

81. Nos casos ora cogitados (de responsabilidade objetiva), eventual invocação de *força maior* – força da natureza irresistível – é *relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido*. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado. O que exime o Poder Público de responder é sempre a não configuração dos pressupostos. Por isso é que responde se criou situação perigosa, mesmo quando a força maior interfere atualizando o perigo potencial (cf. ns. 64 e 66). O caso fortuito não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem.

82. Consoante se disse, a responsabilidade *subjetiva* é aplicável quando o Estado, devendo evitar um dano, *evitável*, omite-se, faltando ao dever legal de agir com a diligência, prudência e perícia capazes de empecer a lesão produzida por terceiro ou por fato da natureza. Logo, exime-se de responsabilidade se não houve culpa ou dolo.

A fortiori exime-se de responsabilidade quando o dano é inevitável, sendo baldos quaisquer esforços para impedi-lo. Por isso, a força maior – acontecimento natural irresistível –, de regra, é causa bastante para eximir o Estado de responder. Pensamos que o mesmo não sucederá necessariamente ante os casos fortuitos. Se alguma falta técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter

acidental, não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado.

XII. A responsabilidade do Estado no Brasil

a) Introdução

83. No Brasil jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado. Amaro Cavalcanti, eminente Ministro do STF e consagrado tratadista, já em 1904 registrava:

"(...) no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da *responsabilidade civil* do Estado, nem por isso menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e, a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos Tribunais de Justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.

"Tal é, com efeito, a verdade de fato, sabida de todos, e sobre a qual não haveria mister insistir."[21]

O ilustrado jurista citado traz à colação relanço de Ruy Barbosa no qual o sumo estudioso apostila averbações do mesmo teor, fazendo notar que nossa evolução jurídica, repassada de elementos liberais, jamais permitiu ingressasse nos Pretórios brasileiros esta prerrogativa regalenga, de tal sorte que "os julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes em ações de perdas e danos, vão dia a dia aumentando o tesouro opulento dos arestos, que fazem talvez de nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas".[22]

Seabra Fagundes anota que João Luiz Alves dá notícia, mesmo antes do Código Civil, da existência do princípio da responsabilidade

21. *Responsabilidade Civil do Estado*, nova ed. atualizada por José de Aguiar Dias, t. II, Rio de Janeiro, Borsói, 1957, p. 617.

22. Ob. cit., p. 612.

do Estado e faz a aguda observação de que a Lei federal 221, de 20.11.1894, ao tratar da competência do Judiciário para julgamento das questões oriundas de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pela União contra particulares e vice-versa, admitia implicitamente a obrigação estatal de indenizar prejuízos causados aos administrados.[23]

De fato, é pacífico entre os doutrinadores brasileiros que a tese da responsabilidade do Estado por atos lesivos sempre frequentou com sucesso os Tribunais brasileiros, sob aplausos constantes da doutrina nacional. Por isso Aguiar Dias, o grande mestre na matéria, pôde dizer, referindo-se ao art. 1.634, parágrafo único, do Código Civil de 1916: "Acresce que não é novidade alguma o que estabelece, no tocante à responsabilidade pessoal do funcionário, porque a solidariedade deste com o Estado, em todo e qualquer caso de prejuízo que cause e empenhe a responsabilidade da Fazenda, é indeclinável, constituindo até objeto de reiterada consagração do nosso legislador (...)".[24]

O precitado Amaro Cavalcanti coleciona numerosas disposições normativas, tais o Decreto 1.930, de 26.4.1857, relativo aos danos causados por estrada de ferro; o Decreto 9.417, de 25.4.1885, também interessante à matéria; o Decreto 1.663, de 30.1.1894, art. 552, o Decreto 4.053, de 24.6.1891, art. 538, concernentes à indenização por prejuízos decorrentes de colocação de linhas telegráficas; os Decretos 1.692-A, de 10.4.1894, art. 8º, e 2.230, de 10.2.1896, art. 6º, que cuidam da responsabilidade da União ligada aos serviços de Correios, e muitos outros.

b) Evolução normativa da responsabilidade do Estado no Brasil

84. O certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica. Resta ver em que termos o foi e qual sua evolução.

Inicialmente, prevaleceu, como, de resto, sucedia no Exterior, a tese da culpa civil. É dizer: o Estado respondia quando funcionário seu, atuando no exercício da função, procedia de modo culposo, por

23. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 205.

24. "Responsabilidade civil do Estado", *RDA* 11/27.

negligência, imprudência ou imperícia. Evoluiu, ao depois, para a noção de falta de serviço, para finalmente aceitar, assaz de vezes, a responsabilidade objetiva. Esta progressão caminhou, a cotio, à frente da legislação. A doutrina, sobretudo, e parte dos juízes sustentaram teses avançadas em relação aos termos do Direito Positivo, procurando extrair, mediante interpretação sistemática da ordenação jurídica, posições bastante evoluídas.

85. Ao tempo do Império, a Constituição de 1824, em seu art. 179, XXIX estabelecia que: "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos". Equivalente dispositivo encontrava-se no art. 82 da Constituição de 1891.

Ditos preceptivos, todavia, jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas de responsabilidade pessoal do agente. Pelo contrário: entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes. Confira-se a respeito Pimenta Bueno.[25]

86. Com o advento do Código Civil, a matéria, desde 1917 (época em que entrou em vigor o Código de 1916), não admitiria dúvida alguma, em face de seu art. 15, segundo o qual: "As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

Inobstante o teor do dispositivo indicava claramente o caráter *subjetivo* da responsabilidade pública, vale dizer, seja por culpa civil, seja por falta de serviço,[26] já então sob seu império e mesmo antes, a tese da responsabilidade objetiva contava com adeptos entre doutores da máxima suposição, como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti, estes últimos, magistrados dos mais ilustres. Filadelfo Azevedo, eminente Ministro do STF e partidário da tese, fez

25. *Direito Público Brasileiro*, Rio, 1850, pp. 602-603.

26. Já o atual Código, naturalmente em sintonia com toda a evolução constitucional que viria depois, em seu art. 43, contempla a responsabilidade das pessoas de direito público em termos perfeitamente distintos. De acordo com ele "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

amplo recenseamento sobre o tema em erudito voto proferido na Ap. cível 7.264, aos 12.4.1943 (*RDA* 1/565), quando aquela egrégia Corte confirmou condenação da União a indenizar danos causados por movimento militar sedicioso, embora o fizesse com fundamento na teoria da falta de serviço ou culpa administrativa.

87. Em 1934, o Decreto 24.216 pretendeu restringir a responsabilidade do Estado, excluindo-a nos casos em que o ato do agente administrativo tivesse *caráter criminoso*, salvo se o Poder Público competente o mantivesse no cargo após a verificação do fato.

A norma em apreço, todavia, teve duração efêmera, pois a Constituição de 1934, promulgada um mês depois, aos 16 de julho de 1934, a fulminou ao estatuir, no art. 171, que: "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos".

A Carta de 1937, no art. 158, reproduziu o mesmo dispositivo.

88. A grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946. O art. 194 daquele diploma introduziu normativamente, entre nós, a *teoria da responsabilidade objetiva*, isto é, a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço.

Dispunha o preceptivo citado:

"As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

"Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes."

89. Equivalentes disposições e com redação semelhante foram consagradas na Carta de 1967 e na Emenda 1, de 1969.

O art. 105 do Diploma de 1967 estatuiu:

"As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

"Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

À diferença da Constituição de 1946, *expressamente* referiu-se ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava a interpretação que sempre se dera ao art. 194 da Lei Magna de 1946.

A Carta de 17 de outubro de 1969 (Emenda 1 à Constituição de 1967) reproduz, no art. 107, o mesmo dispositivo consagrador da possibilidade de responsabilidade objetiva do Estado e a ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo, conforme estatui o parágrafo único. São os seguintes seus termos:

"Art. 107. As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

"Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

Por sua vez, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, estabelece: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Convém salientar, finalmente, que o art. 5º, X, já referido, assinala mais um avanço normativo ao prever expressamente a responsabilidade por dano *moral*. Seus termos são os seguintes: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou *moral* decorrente de sua violação". Como dantes se disse, o texto não distingue se o violador é pessoa de Direito Privado ou de Direito Público; logo, compreende a ambas.

O Código Civil de 2002, em seu art. 43, reproduz a mesma orientação estampada no Texto Constitucional, havendo, todavia, omitido a referência que este faz às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Não é de estranhar. Ao contrário do Código anterior, o atual, toda vez que se abalança a referir algo da esfera do direito público, incorre em alguma impropriedade ou omissão.

90. Para que haja a responsabilidade pública importa que o comportamento derive de um *agente público*. O título jurídico da investidura não é relevante. Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de Direito Público ou de Direito Privado, presta-

doras de serviços públicos, quando atuarem nesta qualidade). Importa, outrossim, que o dano tenha sido produzido por alguém *graças a esta qualidade de agente público*, e não em situação alheia ao qualificativo em causa. A condição de agente, no sentido ora indicado, não se descaracteriza pelo fato de este haver agido impulsionado por sentimentos pessoais ou, por qualquer modo, estranhos à finalidade do serviço. Basta que tenha podido produzir o dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou maldesempenhado.

c) *Responsabilidade subjetiva ou objetiva como regra no Direito vigente*

91. Desde a Constituição de 1946 não há nem pode haver discussão quanto à possibilidade da responsabilização objetiva do Estado, ante o teor irrefragável dos textos mencionados.

Vem a talho rememorar comento do autorizado Seabra Fagundes:

"Para que houvesse responsabilidade da Fazenda Pública, com base no Direito anterior à atual Constituição (*o autor está se referindo à Constituição de 1946*), era preciso que se somassem as seguintes condições:

"a) ter o representante praticado o ato no exercício da função ou a pretexto de exercê-la;

"b) ser ilegal o ato por omissão de dever expressamente prescrito, ou por violação ativa do direito;

"c) do ato advir dano a alguém.

"Do segundo destes requisitos já não é de cogitar, em face do art. 194 da Constituição. Adotada, como foi nesse texto, a teoria do risco criado, já não importa a ilegalidade do ato, conquanto, via de regra, a responsabilidade decorra de atos ilegais. Desde que haja um dano haverá lugar à indenização, resulte esta de violação da lei ou não. Salvo, é claro, as exceções que possam ter raízes na própria Constituição."[27]

92. O que pode ser objeto de testilha doutrinária e jurisprudencial é a questão de se saber se o teor dos arts. 194 da Constituição de 1946, 105 da Carta de 1967, 107 da Carta de 1969 e 37, § 6º, da

27. Ob. cit., p. 215.

Constituição de 1988 apenas *agasalha* a responsabilidade objetiva, tornando-a *suscetível* de ser aplicada em alguns casos, de par com a responsabilidade subjetiva, cabível em outros tantos, ou se a responsabilidade objetiva tornou-se regra *irrecusável* na generalidade dos casos.

Partidários do primeiro entendimento são Caio Tácito – que entende cabível a responsabilidade objetiva nos casos de dano *anormal*, decorrente de atividade lícita do Poder Público, mas lesiva ao particular[28] –, Alfredo de Almeida Paiva, Gonçalves de Oliveira e Themístocles Cavalcanti, conforme noticia o mestre citado.

Em posição oposta estão Aguiar Dias,[29] Seabra Fagundes,[30] Mário Mazagão, que foi quem ofereceu, como constituinte de 1946, o texto do art. 194,[31] Hely Lopes Meirelles[32] e muitos outros, todos considerando que desde o Texto Constitucional de 1946 a responsabilidade objetiva é a regra no Direito brasileiro.

93. Com efeito, dúvida alguma pode prosperar quanto ao cabimento da responsabilização objetiva no caso de atos lícitos causadores de prejuízo especial e anormal aos administrados. Assim também no caso de danos oriundos do chamado "fato das coisas", quando as lesões ao patrimônio privado decorrerem, por exemplo, de explosões em arsenais públicos ou de modo geral em bens ou serviços a cargo do Estado, ainda que estes sejam devidos a casos fortuitos.

De outra parte, há largo campo para a responsabilidade subjetiva *no caso de atos omissivos*, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da *culpa ou falta de serviço*, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.

94. Parece-nos que a doutrina correta, perante as disposições normativas do país, é a sustentada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e colhida neste excerto do reputado mestre, em que, interpretando o Texto Constitucional, enuncia quando cabe responsabilidade objetiva e quando cabe responsabilidade subjetiva:

28. *RDA* 55/262 e ss.

29. *RDA* 15/65 e ss. e *Da Responsabilidade Civil*, 1954, pp. 552 e ss.

30. Ob. e loc. cits.

31. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 303.

32. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 714 e ss.

"A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação *positiva* do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou de coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em Sociedade.

"Consiste em *ato comissivo*, positivo do agente público, em nome do e por conta do Estado, que redunda em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. Esta, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco-proveito. A responsabilidade do Estado *por omissão* só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados."[33]

Acrescentaríamos, apenas, em adendo à opinião expressada e transcrita, que, ademais dos casos de comportamento comissivo (ato ou fato), deve-se incluir também entre as hipóteses de responsabilidade objetiva a responsabilidade por quaisquer eventos lesivos que resultam do "fato das coisas", isto é, em que o dano proceda de coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia. De resto, e como dantes dissemos, no caso de danos decorrentes de serviços e instalações nucleares, a responsabilidade independe de culpa, conforme estabelece o art. 21, XXIII, "d", da Constituição. Entendemos, ainda, que são equiparáveis à hipótese de comportamento comissivo aqueles casos em que o Estado cria, através de ato *positivo* seu, a situação da qual emerge o dano. Referimo-nos a situações equiparadas às do exemplo, dantes referido, do semáforo defeituoso, por força do qual dois veículos se chocam, e nem se pode dizer que o serviço funcionou mal se o defeito, determinado por um raio, ocorreu segundos antes do acidente.

95. O certo e inquestionável, demais disso, é que se engaja responsabilidade estatal toda vez que o serviço apresentar falha, reveladora de insuficiência em relação ao seu dever normal, causando agravo a terceiro. Neste caso, a responsabilidade será subjetiva.

33. Ob. cit., vol. II, p. 487 (grifos nossos).

d) Responsabilidade patrimonial do agente por danos a terceiros

96. Após estabelecer que "as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)", o art. 37, § 6º, conclui: "(...) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Há, pois, expressa previsão de retorno da pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público contra o agente causador do dano uma vez ocorrentes os seguintes requisitos:

a) tenham sido *condenadas* a indenizar terceiro por ato lesivo do agente;

b) o agente responsável haja se comportado com *dolo* ou *culpa*.

Ocorre perguntar se o terceiro lesado por comportamento do Poder Público poderia mover a ação de indenização diretamente contra o agente, prescindindo de responsabilizar o Estado ou quem lhe faça as vezes, se poderia buscar responsabilização solidária de ambos, ou se o agente responde apenas perante o Estado, em ação de regresso, descabendo ao lesado acionar o indivíduo que o agravou, seja conjunta ou separadamente com o Estado. É bem de ver que no concernente à responsabilização do agente, o lesado estaria disputando a lide apenas no campo da responsabilidade subjetiva, dado que aquele só responderia na hipótese de dolo ou culpa.

Estamos em que o vitimado é quem deve decidir se aciona apenas o Estado, se aciona conjuntamente a ambos, ou se aciona unicamente o agente. Com efeito, não se pode extrair do dispositivo constitucional em pauta alguma impossibilidade do lesado voltar-se, ele próprio, contra o agente, pelas razões abaixo aduzidas.

Todo sujeito de direito capaz é responsável pelos próprios atos. Assim, aquele que desatende às obrigações que contraiu ou os deveres a que estava legalmente adstrito sofrerá a consequente responsabilização. Atua ilicitamente quem viola direito e causa dano a outrem.

O Código Civil brasileiro, em seus arts. 186 e 927, substancia este preceito, que não é apenas uma regra de Direito Civil, mas de Teoria Geral do Direito, inobstante encartados em diploma normativo concernente, mais que tudo, às relações privadas. Rezam, respectivamente, os preceptivos em causa: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito";

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". De seu turno, o art. 942 prescreve: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".

Tais regramentos exprimem um cânone genérico no que atina a responsabilidade patrimonial, comumente chamada de responsabilidade civil. Nada há de estranhável em que estes ditames normativos, embora topograficamente alojados no Código Civil, sejam havidos como princípios ou como regras que transcendem a restrita esfera desta província jurídica, para se qualificarem como disposições aplicáveis integralmente em distintos ramos do Direito. Com efeito, de um lado, inúmeras disposições residentes naquele diploma concernem ao vestíbulo dos vários segmentos do Direito, isto é, assistem no patamar comum aos diferentes ramos em que ele se espraia; de outro lado, no Código Civil há múltiplos artigos explicita e especificamente voltados para a regência de questões de direito público, notadamente de Direito Administrativo.

Estas são observações cediças e que já foram inúmeras vezes expendidas e profundadas por autores da máxima suposição, razão porque dispensamo-nos de qualquer citação ao respeito.

97. Para que tão basilar princípio estivesse eludido na seara do Direito Administrativo seria necessário regra que explícita e incontrovertivelmente o negasse ou lhe modificasse a compostura. Donde, tirante a hipótese de disposição cujo teor seja *inequívoco* em afastar a responsabilidade do agente do dano ou que, *de modo incontendível*, interdite ao lesado proceder diretamente contra o indivíduo responsável pelo comportamento danoso, haver-se-á de concluir que agentes públicos respondem com o próprio patrimônio, perante o agravado, se lhe houverem causado prejuízo mediante conduta contrária ao Direito.

Estas assertivas, por límpidas e confortadas em bases tão relevantes, hão de se reputar pacíficas, livres de questionamento.

Aliás, na tradição do Direito, antes de se pôr princípio geral da responsabilidade do Estado, já era assente a responsabilidade do funcionário que houvesse agido mal, lesando o administrado. Ou seja: a pessoa estatal poderia escapar à responsabilização; não, porém, o agente direto do dano, aquela pessoa física cuja conduta injurídica agravasse terceiro ao desempenhar funções públicas. Veja se, a respeito, exemplificativamente, para a Inglaterra, Maria Graciela

Reiriz[34] e H. R. Wade;[35] para os Estados Unidos da América do Norte, Frank Goodnow[36] e John Clarke Adams;[37] para a Alemanha, Fritz Fleiner[38] e Ernst Forsthoff;[39] para a França, Francis Paul Bénoît[40] e Jean Rivero.[41]

98. Por certo, a garantia de reparação do lesado simplesmente através do patrimônio do funcionário causador do dano não dá ao administrado toda a proteção necessária para acobertá-lo contra agravos que possam resultar da ação do Poder Público. Isto por uma tripla razão.

Em primeiro lugar, porque, assaz de vezes, o agente público não disporá de patrimônio suficiente para responder pelo montante do dano. O vulto dos prejuízos que a atuação estatal pode causar, em vários casos, excederá as possibilidades de suprimento comportadas pelo patrimônio do funcionário.

Em segundo lugar, a responsabilidade do funcionário cifra-se às hipóteses em que este haja atuado com dolo ou culpa, seja esta por negligência, imprudência ou imperícia, implicando violação do Direito. Ora, nem sempre o gravame econômico lesivo aos direitos do administrado resultará de conduta estatal (comissiva ou omissiva) na qual se possa reconhecer, individuadamente, um específico ou alguns específicos agentes como causadores do evento lesivo. Com frequência estar-se-á perante situação em que mais não se poderá dizer senão que o serviço estatal, em si mesmo, falhou por haver procedido abaixo dos padrões que seria lícito dele esperar, disto resultando o dano sofrido. Vale dizer, o próprio serviço como um todo é que haverá tido, por negligência, imprudência ou imperícia, um desempenho insatisfatório, causador da lesão ao bem juridicamente protegido do sujeito agravado. Em casos que tais – e serão legião – o administrado ficaria a descoberto por não ser, obviamente, engajável a responsabilidade de algum ou alguns específicos funcionários.

34. *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, 1969, p. 123.

35. *Diritto Amministrativo Inglese*, Giuffrè, 1969, p. 371.

36. *Les Principes du Droit Administratif aux États-Unis*, Giard et E. Brière, 1907, p. 454.

37. *El Derecho Administrativo Norteamericano*, Eudeba, 1964, p. 84.

38. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Ed. Labor, 1933, p. 222.

39. *Traité de Droit Administratif Allemand*, Établissements E. Bruylant, 1969, pp. 463 e ss.

40. *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, pp. 178 e ss.

41. *Droit Administratif*, 2ª ed., Dalloz, 1962, pp. 236-237.

Demais disso, em uma terceira hipótese reproduzir-se-ia situação em que o administrado ficaria desvalido. É o caso de danos nos quais um bem juridicamente protegido e lesado pelo Estado, ainda que sem o intuito de fazê-lo, mediante comportamento lícito, cauto, diligente, irrepreensível. Pense-se em atos jurídicos ou em atos materiais da seguinte compostura: fechamento do perímetro central da cidade a veículos automotores, determinado com base em lei, e por razões de interesse público incontendível (salubridade pública, tranquilidade pública, ordem pública), e que acarreta, inevitavelmente, seriíssimo gravame patrimonial aos proprietários de edifícios-garagem, edificados e licenciados, inclusive, para a correspondente exploração econômica na área interditada à circulação dos citados veículos; nivelamento de rua que, pelas características físicas do local, resulta, de modo inexorável, em ficarem edificações marginais ao seu leito em nível mais elevado ou em nível inferior a ela, inobstante realizada a obra com todos os recursos e cautelas técnicas, causando, destarte, depreciação significativa aos prédios lindeiros afetados, além de acarretar insuperáveis incômodos à sua utilização.

Situações deste jaez, como é claro a todas as luzes, demandam recomposição patrimonial do lesado, para que não seja ferido o preceito isonômico, exigente de igualitária repartição dos encargos públicos. É bem de ver que a simples responsabilidade do funcionário, cabível tão só quando identificável conduta sua contraria ao Direito, por comportamento deliberado ou por negligência, imprudência ou imperícia, de nada serviria para enfrentar estas hipóteses, posto que não estariam em pauta as condições suscitadoras de seu engajamento.

A fim de que os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso de atividade pública – *e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidos pelos lesados* – é que se instaurou o princípio geral da responsabilidade do Estado. Ou seja: a difusão e acatamento, nos vários países, da tese da responsabilidade estatal objetivou e significa *tão só* a ampliação das garantias de indenização em favor dos lesados. Nada traz consigo em favor do funcionário, e muito menos em restrição ao administrado em seu direito de demandar contra quem lhe tenha causado dano.

Em suma: a exposição de um patrimônio sempre solvente, como o é o do Estado, e bem assim a abertura de campo mais largo à responsabilização, nada tem a ver com qualquer propósito de colocar os funcionários públicos a salvo de ações contra eles intentáveis pelos

agravados patrimonialmente em decorrência de atos contrários ao Direito.

Tanto isso é exato, tanto são estranhas as duas questões – responsabilidade do Estado e proteção ao funcionário contra ações intentáveis por terceiros – que os vários sistemas jurídicos, quando desejaram beneficiar os agentes públicos com este resguardo, fizeram-no explicitamente e de maneira bem-conhecida, *antes mesmo de ser acolhida a tese da responsabilidade do Estado*, o que demonstra a independência entre os dois tópicos.

99. É notório que no passado existiu, em distintos países, uma chamada "garantia administrativa dos funcionários". Por força dela, estes só poderiam ser acionados em decorrência de comportamentos vinculados a suas funções, se houvesse prévia concordância do Estado. Disposição deste teor, como é patente, existia na Constituição Francesa do ano VIII (art. 75) e prevaleceu até 1870, quando foi derrubada por um decreto-lei de 18 de setembro, época em que a citada Constituição não mais estava em vigor, mas o dispositivo sobrevivia com força de lei, nos termos da concepção francesa, segundo a qual normas Constitucionais compatíveis com a superveniente Constituição persistiam com vigor de lei ordinária.[42] Houve, igualmente, preceitos análogos na Alemanha, nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse, como noticia Forsthoff. Também a Espanha conheceu regramento análogo, e que haveria de perdurar até 1879.[43]

Não é difícil concluir que se a responsabilidade do Estado não veio para escudar o funcionário em face de demandas que os lesados almejassem propor contra eles, mas, como é de todos sabido, para ampliar a proteção aos administrados, não faz qualquer sentido extrair de regra defensora dos direitos dos agravados a conclusão de que lhes é interdito proceder contra quem, violando o direito, foi o próprio agente do dano.

100. Como acima se disse, o atual texto impositivo do princípio geral da responsabilidade do Estado substancia-se no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de acordo com o qual: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

42. Cf., ao respeito, Francis-Paul Bénoît, *Droit Administratif*, Dalloz, 1968, pp. 718-719.

43. Cf. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Civitas, 1981, p. 327.

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Que se lê no sobredito regramento? Que estatui ele? Tão só e unicamente que o Poder Público responderá pelos danos causados pelos funcionários, enquanto tais, e que ficam sujeitos a ação de regresso promovida pelo Estado, se agiram com dolo ou culpa.

Outorga-se aí, ao particular lesado, um direito contra o Estado, o que evidentemente não significa que, por tal razão, se lhe esteja retirando o de acionar o funcionário. A atribuição de um benefício jurídico não significa subtração de outro direito, salvo quando com ele incompatível. Por isso, como sempre muito bem sustentou o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições também nesta matéria prazerosamente seguimos, "a vítima pode propor ação contra o Estado, contra o funcionário, a sua escolha, ou contra ambos solidariamente, sendo certo que se agir contra o funcionário deverá provar culpa ou dolo, para que prospere a demanda".[44]

O direito de regresso é protetor do interesse do Estado. Prevê forma de seu ressarcimento pela despesa que lhe haja resultado da condenação. Também nele nada há de proteção ao funcionário. A indicação da via pela qual o Poder Público vai se recompor não é indicação, nem mesmo implícita, de que a vítima não pode acionar o funcionário.

Na cabeça do artigo e em seu parágrafo só há preceptivos volvidos à defesa do administrado e do Estado, não se podendo vislumbrar intenções salvaguardadoras do funcionário. "A circunstância de haverem acautelado os interesses do primeiro e do segundo não autoriza concluir que acobertaram o agente público, limitando sua responsabilização no caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado".[45]

Daí que o Supremo Tribunal Federal, no RE 90.071, publicado na *RDA* 142/93, de outubro-novembro/1980, frisou com hialina clareza esta conclusão, assim sintetizada na ementa do Acórdão: "O fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo".

44. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Ed. Forense, 1974, pp. 481-482.

45. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, Ed. RT, 1981, pp. 168-169.

O Relator, Min. Cunha Peixoto, averbou com absoluta precisão:

"E a interpretação do dispositivo constitucional, no sentido de permitir, facultativamente, admissibilidade da ação também contra o funcionário, autor do dano, sobre não acarretar nenhum prejuízo, quer à Administração, seja ao funcionário, mais se coaduna com os princípios que disciplinam a matéria. Isto porque a Administração, sobre não poder nunca isentar de responsabilidade a seus servidores, vez que não possui disponibilidade sobre o patrimônio público não se prejudica com a integração do funcionário na lide, já que a confissão dos fatos alegados pelo autor, por parte do funcionário, afetaria sua defesa, e não a da Administração, cuja responsabilidade se baseia na teoria do risco administrativo.

"Ao funcionário interessa intervir na ação, não só para assegurar o justo valor da indenização, como também para evitar as despesas de dois processos: o movido contra a administração e a desta contra ele."

É de ressaltar igualmente a concisa e exata fundamentação do voto do Min. Décio Miranda: "Sr. Presidente, o art. 107, e respectivo parágrafo único, da Constituição atual não revogaram o art. 159 do Código Civil. Estes dispositivos, que, aliás, já vem das Constituições anteriores, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado, mas sem modificar em nada a responsabilidade em razão da culpa, que se possa increpar ao agente do Estado. Estou de acordo com o Relator, conhecendo o recurso e lhe dando provimento".

É verdade que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, voltou a decidir em sentido contrário. Mas é improvável que esta orientação prevaleça, dada a cópia de razões que, como aduzimos, concorrem em desfavor dela.

101. De resto, entendimento contrário ao que esposamos, sobre não trazer em seu abono qualquer interesse público que o justifique, acarreta, pelo contrário, consequência antinômica a ele. É que o Poder Público dificilmente moverá a ação regressiva, como, aliás, os fatos o comprovam de sobejo. Tirante casos de regresso contra motoristas de veículos oficiais – praticamente os únicos fustigados por esta via de retorno – não se vê o Estado regredir contra seus funcionários. Diversas razões concorrem para isto. De fora parte o sentimento de classe ou de solidariedade com o subalterno (já de si conducente a uma contenção estatal na matéria), assaz de vezes o funcionário causador do dano age incorretamente com respaldo do superior,

quando não em conluio com ele ou, pelo menos, sob sua complacência. É lógico, portanto, que este não tem interesse em estimular a ação regressiva que poria a nu sua responsabilidade conjunta.

Demais disso, ao ser acionado, o Estado sistematicamente se defende – e é esta mesma sua natural defesa – alegando não ter existido a causalidade invocada e haver sido absolutamente regular a conduta increpada, por isenta de qualquer falha, imperfeição ou culpa. Diante disto, é evidente que, ao depois, em eventual ação de regresso, enfrentará situação profundamente constrangedora e carente de qualquer credibilidade, pois terá de desdizer-se às completas, de renegar tudo o que dantes disse e proclamar exatamente o oposto do que afincadamente alegara.

A consequência é a impunidade do funcionário, seja porque depois de o Estado haver assentado uma dada posição na ação de responsabilidade fica impedido de mover a ação de regresso, seja porque, se o fizer, topará com o que havia previamente estabelecido e que agora milita contra si próprio e em prol do funcionário, convertendo-se em robusta defesa deste último, de tal sorte que o Poder Público no pleito anterior prepara de antemão sua derrota na lide sucessiva.

Estas são as razões pelas quais, tirante o caso dos humildes motoristas de veículos oficiais, praticamente funcionário algum é molestado com ação regressiva. Pode confiar que ficará impune, mesmo quando negligente. Não precisa coibir-se de abusos e até de atos dolosos lesivos aos administrados. O Estado pagará por ele.

A solidariedade de classe ou o comprometimento dos superiores com os atos inquinados de viciosos (quando menos por complacência), a ingratidão da posição do Estado na duplicidade de ações, pois nelas terá de adotar posturas antagônicas, garantem ao funcionário a não desmentida expectativa de escapar a ações regressivas.

102. Em suma, o entendimento de que o lesado por ação de servidor público praticada a título de exercício de suas funções só contra o Estado pode ser movida, *tem uma consequência manifestamente perversa*: ao invés de desestimular o mau servidor a agir com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, estimula-o a proceder como bem queira, pois o coloca a salvo das consequências de seus atos. Para referir apenas uma hipótese, pense-se em como seria diferente o comportamento de policiais torturadores se suas vítimas acionassem a ele ao invés de acionar o Estado... Depois de duas ou três condenações de agentes malfeitores, eles nunca mais repetiriam tal

violência. E isto vale para quaisquer outros abusos, tão comuns no serviço público. Reconhecer a viabilidade de tais ações, sobre significar simplesmente obedecer ao Direito, é concorrer para o aperfeiçoamento do Estado e o progresso dos costumes no país.

Negá-lo, inversamente, é concorrer para a má qualidade do serviço público, é incentivar abusos, violências ou simples descaso do servidor pelos administrados, situação a qual, infelizmente, os cidadãos brasileiros estão acostumados, mas, certamente, não conformados. Está nas mãos do Judiciário acobertar estas malfeitorias ou coartá-las mediante simples aplicação do Direito, com a correta interpretação de nosso direito positivo, isto é, sem render desapercebidas homenagens ao art. 75 da Constituição Francesa do ano VIII, que parece estar no inconsciente da tese da impossibilidade de ação direta contra o funcionário ou conjunta com a do Estado.

103. Outra questão é a de saber-se se é aplicável ao tema da responsabilidade do Estado o disposto no art. 70, III, do Código de Processo Civil, de acordo com o qual: "A denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda". Revendo posição anteriormente assumida, estamos em que tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denunciação. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário. Procede sua assertiva de que, ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto "procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito".[46]

e) Responsabilidade estatal na jurisprudência brasileira

104. Como se acentuou, desde períodos remotos nossa jurisprudência acolhe a responsabilidade do Estado. Os repertórios apresentam messe farta e pelo comprovar não há mais que consultá-los. Casos existem aos racimos, não havendo como lavar-se da conclusão

46. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 64-65.

de que o Judiciário brasileiro sempre esteve vigilante em assegurar a obrigação estatal de ressarcir danos aos particulares.

Para referir hipóteses diversas de responsabilização é útil transcrever remissão feita por Aguiar Dias a numerosos acórdãos citados em sua obra – *Da Responsabilidade Civil*. O mencionado jurista relaciona casos de responsabilidade estatal por quantias desviadas por depositários públicos; por prejuízos resultantes de entrega de mercadoria sem o respectivo conhecimento; por danos causados por louco cujo internamento a autoridade deixara de prover; pelo assassínio de réu preso que se encontrava sob custódia policial; por má conservação de ponte cujo estado defeituoso permitiu queda de transeunte no rio; por infecção contraída por menor internado em estabelecimento assistencial do Estado; por danos sofridos em hospitais do Governo; por acidentes causados por veículos do Estado; por incêndio provocado por operário do Estado em razão de manuseio ineficiente de aparelho destinado a extinguir pragas de lavoura; por desastre em consequência de abandono de posto pelo guarda-cancela; por danos oriundos de rompimento de galerias pluviais; por prejuízos derivados de alteração do nível de via pública, por insuficiência das valas de escoamento etc.[47]

Seabra Fagundes coleciona, exemplificativamente, as seguintes hipóteses: responsabilidade do Município por danos resultantes de explosão em pedreira cujo funcionamento fora irregularmente licenciado (TJDF/1911); por apreensão de café, pelo Serviço Sanitário, a título de imprestável para o consumo, sem que o bem fosse inútil para fins industriais (TJSP/1916); por deportação indevida de brasileiro naturalizado (STF/1908); por apreensão ilegítima, efetuada por agente municipal, de porcos criados em região onde a atividade era lícita, condenando-se o Município ao pagamento do valor deles e mais lucros cessantes (TJDF/1913); por apreensão de carroça e animal de tração vendidos em hasta pública em seguimento à multa, sob color de suposta infração da vítima, ao depois reconhecida como inexistente (TJDF/1913); por dano a tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, reconhecendo-se inclusive culpa *in vigilando* quanto à ausência de medidas para prevenir a alteração da ordem, violação da propriedade e descoberta dos delinquentes, o que tornaria dispensável averiguar, no caso, se a lesão foi efetivamente praticada por funcionários ou empregados públicos no exercício de suas

47. "Responsabilidade civil do Estado", *RDA* 2/19 e ss.

atribuições (STF/1916); por falta de providências policiais, propiciatória de que multidão desarmada assaltasse e saqueasse propriedade da vítima (TJSP/1936); por danos provenientes de atos lícitos, ditados pelo interesse público mas lesivos a propriedade particular, como fruto de atos positivos de seus funcionários (TJDF/1918); por obra pública em bem de uso comum do povo da qual resultou dano a propriedades adjacentes (STF/1918), e muitos outros.[48]

Decisões a basto poderiam ser arroladas confirmando o que se tem dito. O mesmo Seabra Fagundes, na obra e local citados, aponta como síntese expressiva da jurisprudência anterior ao Código Civil acórdão de 29.8.1914, em que este pontifica: "É doutrina já firmada em nossa jurisprudência, copiosa e persistente, a responsabilidade civil do Estado pelo dano causado ao direito de particulares pelos funcionários, órgãos ou prepostos da Administração Pública, responsabilidade que se resolve na indenização das perdas e danos causados" (*Revista do Supremo* III/72).

Também a responsabilidade por danos em época revolucionária foi aceita pelo STF, antes do advento da Constituição de 1946. Serve para confirmá-la decisão daquela Corte, publicada na *RDA* 5/155, de maio de 1945, de acordo com a qual: "Responde o Estado pelos danos verificados no movimento revolucionário de 1930 pela falta de garantia e assistência policial aos particulares".

Outrossim, o STF, em 1948, reconhecia responsabilidade pública por dano causado por ato praticado com base em lei ulteriormente declarada inconstitucional.[49]

A responsabilidade por mau funcionamento do serviço, admitida em tantos acórdãos, bem se estampa no RE 30.372, de 25.4.1958, em decisão do STF. Assim também, a inércia administrativa, tal como em muitos outros julgados, foi reputada pelo STF como de obrigação de reparar o dano sofrido por particular no RE 61.387, de 29.5.1968. A responsabilidade por danos multitudinários encontra demonstrativo em acórdão do STF no RE 57.550, de 1967. A responsabilidade estatal por danos oriundos de enchentes provocadas por chuvas torrenciais, cuja reiteração no passado exigia providências que foram omitidas, foi reconhecida pelo STF no AI 58.561, em 23.10.1973.[50]

48. Ob. cit., pp. 205-206.
49. *RDA* 20/42.
50. *RTJ* 70/704.

A adoção da teoria do risco administrativo foi expressamente professada em acórdão do TJSP, publicado na *RDA* 122/172, em decisão que reconheceu indenização por danos à propriedade particular decorrentes de ação da polícia em luta contra os subversivos.

Assim também, o TJRJ, na Ap. cível 87.990, de 1976, decidiu que a responsabilidade civil do Estado independe de culpa. O TJRJ, em 1965, na Ap. cível 140.926, publicada na *RDA* 87/221, firmava que a responsabilidade da Administração pelos danos causados por obras públicas independe de prova de culpa, bastando a existência do nexo causal.

Os vários julgados referidos confirmam, às completas, a tese de que a responsabilidade do Estado sempre foi considerada, assim na doutrina que em sua aplicação nos Pretórios, como regra de nosso Direito Público. Demais disso, por via deles se demonstra acentuação da tendência ampliativa dos casos de responsabilização patrimonial do Poder Público por danos decorrentes de atividade administrativa.

De há muito os Tribunais brasileiros invocavam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de Direito Positivo que lhes supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6º), atribuindo-lhe o intuito de acolher como regra de nosso Direito a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade "falta de serviço" (ou "culpa de serviço"). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria, declarando-a acolhida pelo Texto Constitucional, mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasadas na responsabilidade objetiva propriamente dita.

f) A forma de efetivação da responsabilidade do Estado

105. No Direito brasileiro, por força do art. 100 e §§ da Constituição, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária não são assegurados por execução sobre seus bens, nem são exigíveis de imediato. Muito pelo contrário.

O mecanismo procedimental a ser observado é o seguinte: com exceção dos créditos de natureza alimentícia, os magistrados, ao condenarem uma pessoa de Direito Público a algum pagamento, expedem determinações (precatórios judiciários) que a constituem na

obrigação de incluir na previsão orçamentária do próximo exercício a verba necessária a satisfazer os precatórios que hajam sido apresentados até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados, sendo proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para tal fim. Estes serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à competente repartição, para que os pagamentos se efetuem na ordem cronológica em que foram apresentados os precatórios.

Sobretudo depois da Emenda Constitucional 62, de 9.12.2009 (conhecida como "Emenda do Calote"), cujo teor exibe de modo até surpreendente o exacerbado desprezo que os parlamentares brasileiros têm pelos direitos dos administrados, as perspectivas de receber do Poder Público o devido em razão de condenações judiciais se dimensionam em uma dilação temporal de até 15 anos. É que, por disposição constitucional transitória promulgadas na mesma Emenda, o sistema de pagamento previsto no texto do art. 100 ficou significativamente afetado.

O mecanismo procedimental de pagamento das dívidas de uma pessoa de direito público, que hajam sido reconhecidas em juízo, tem início com as determinações, chamadas "precatórios", que os magistrados expedem ordenando ao devedor que inclua na previsão orçamentária do próximo exercício a verba necessária para satisfazer os precatórios que hajam sido apresentados até 1º de julho, cujos valores deverão ser corrigidos monetariamente na data do pagamento.

A disciplina da matéria, em princípio, está, como dito, regulada no art. 100 e parágrafos, dos quais constam especificações em função do valor dos créditos a serem satisfeitos (ser de pequena monta, consoante qualificação legal disto) e mesmo da natureza do crédito (ser de natureza alimentícia, assim definida no próprio texto) ou da situação pessoal do credor (de crédito de natureza alimentícia se tiver 60 anos ou mais ou padecer de moléstia grave especificada em lei). Ali também se estabelecem outras particularidades, como o critério do cálculo da correção monetária, a possibilidade dos precatórios servirem como meio de pagamento de terras públicas, o direito de a Fazenda deles abater débitos líquidos do credor e outras particularidades, como, *e.g.*, o procedimento e as consequências se houver violação da devida precedência na ordem de recebimento dos pagamentos etc. Ressalve-se que o regime de precatório a que se acaba de fazer referência não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de "pequeno valor" que as Fazendas

referidas devam efetuar em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

Ocorre que o mecanismo do art. 100 sofre refrações significativas por força de seu § 15, segundo o qual: "Sem prejuízo do disposto neste artigo, *lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios* de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação". De par com isto, de acordo com a nova redação dada ao art. 97 das Disposições Transitórias, por força desta EC 62 de 2009, "Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos *de acordo com as normas a seguir estabelecidas*, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional".

Este regime especial a que se vem de aludir deverá ser implantado no prazo de até 90 dias contados da publicação da Emenda (10.12.2009).

Pois bem, de acordo com estas normas mencionadas no artigo em apreço o Poder Executivo, para fins de pagamento de seus débitos, poderá optar por uma dentre estas suas formas:

a) por fazer, mensalmente, em conta especial, um depósito de 1/12 avos de valor calculado sobre suas receitas correntes líquidas, em percentual variável conforme se trate de Distrito Federal, Estado ou Município e conforme a região em que estejam localizados, durante todo o período em que valor dos precatórios devidos for superior ao valor total destes recursos vinculados; ou

b) pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial supra referida corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples.

Ao final dos prazos referidos volta a vigorar exclusivamente o art. 100 da Constituição.

Pelo menos 50% dos recursos aludidos serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas a preferência para os débitos de natureza alimentícia em relação aos requisitórios do mesmo ano e para os requisitórios de todos os anos a preferência será dada para os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 anos ou mais ou sejam portadores de moléstia grave assim qualificada em lei. Os valores remanescentes serão utilizados para pagamento de débitos por outras formas previstas ali mesmo nas Disposições Transitórias.

Este é, em linhas gerais, deixando de lado maiores particularizações, o regime previsto na aviltante Emenda Constitucional 62. Sem embargo, para que fiquem explicitadas aqui mesmo neste texto todas as especificidades do regime, transcreve-se, em nota de rodapé, a íntegra dos dispositivos constitucionais que o delineiam.[51]

51. EC 62, de 9.12.2009:

"Art. 1º. O art. 100 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"'Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

"'§ 1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

"'§ 2º. Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

"'§ 3º. O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

"'§ 4º. Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

"'§ 5º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o

g) A responsabilidade dos agentes e de terceiros por ilícitos

106. O art. 37, § 5º, da Constituição estatui que: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". A segunda parte do dispositivo fez despertar a suposição, amplamente disseminada, de que seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento. A esta posição aderimos até a 26ª edição deste *Curso*. Já hoje, consoante explicamos no capítulo seguinte ("A Prescrição no Direito Administrativo", n. 12-A), revimos esta posição sob influência do que Emerson Gabardo expôs sobre a matéria em conferência proferida no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio/2009.

pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

"'§ 6º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

"'§ 7º. O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

"'§ 8º. É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

"'§ 9º. No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

"'§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

"'§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

"'§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

"'§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

"'§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

"'§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

"'§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente."

"Art. 2º. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 97:

"'Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

"'§ 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: I – pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou II – pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

"'§ 2º. Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será: I – para os Estados e para o Distrito Federal: a) de, no mínimo, 1,5%, para os Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% do total da receita corrente líquida; b) de, no mínimo, 2%, para os Estados das Regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% da receita corrente líquida; II – para Municípios: a) de, no mínimo, 1%, para Municípios das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% da receita corrente líquida; b) de, no mínimo, 1,5%, para Municípios das Regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% da receita corrente líquida.

"'§ 3º. Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas: I – nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; II – nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

"'§ 4º. As contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais.

"'§ 5º. Os recursos depositados nas contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios devedores.

"'§ 6º. Pelo menos 50% dos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo serão utilizados para pagamento de precatórios em ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências definidas no § 1º, para os requisitórios do mesmo ano, e no § 2º do art. 100, para requisitórios de todos os anos.

"'§ 7º. Nos casos em que não se possa estabelecer a precedência cronológica entre dois precatórios, pagar-se-á primeiramente o precatório de menor valor.

"'§ 8º. A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente: I – destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão; II – destinados a pagamento à vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório; III – destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

"'§ 9º. Os leilões de que trata o inciso I do § 8º deste artigo: I – serão realizados por meio de sistema eletrônico administrado por entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil; II – admitirão a habilitação de precatórios, ou parcela de cada precatório indicada pelo seu detentor, em relação aos quais não esteja pendente, no âmbito do Poder Judiciário, recurso ou impugnação de qualquer natureza, permitida por iniciativa do Poder Executivo a compensação com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra devedor originário pela Fazenda Pública devedora até a data da expedição do precatório, ressalvados aqueles cuja exigibilidade esteja suspensa nos termos da legislação, ou que já tenham sido objeto de abatimento nos termos do § 9º do art. 100 da Constituição Federal; III – ocorrerão por meio de oferta pública a todos os credores habilitados pelo respectivo ente federativo devedor; IV – considerarão automaticamente habilitado o credor que satisfaça o que consta no inciso II; V – serão realizados tantas vezes quanto necessário em função do valor disponível; VI – a competição por parcela do valor total ocorrerá a critério do credor, com deságio sobre o valor desta; VII – ocorrerão na modalidade deságio, associado ao maior volume ofertado cumulado ou não com o maior percentual de deságio, pelo maior percentual de deságio, podendo ser fixado valor máximo por credor, ou por outro critério a ser definido em edital; VIII – o mecanismo de formação de preço constará nos editais publicados para cada leilão; IX – a quitação parcial dos precatórios será homologada pelo respectivo tribunal que o expediu.

"'§ 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo: I – haverá o sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado; II – constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem; III – o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa; IV – enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora: a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno; b) ficará impedida de receber transferências voluntárias; V – a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo.

"'§ 11. No caso de precatórios relativos a diversos credores, em litisconsórcio, admite-se o desmembramento do valor, realizado pelo tribunal de origem do precatório, por credor, e, por este, a habilitação do valor total a que tem direito, não se aplicando, neste caso, a regra do § 3º do art. 100 da Constituição Federal.

"'§ 12. Se a lei a que se refere o § 4º do art. 100 não estiver publicada em até 180 dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de: I – 40 salários-mínimos para Estados e para o Distrito federal; II – 30 salários-mínimos para Municípios.

"'§ 13. Enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, não poderão sofrer sequestro de valores, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e o § 2º deste artigo.

"'§ 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º.

"'§ 15. Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais.

"'§ 16. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

"'§ 17. O valor que exceder o limite previsto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal será pago, durante a vigência do regime especial, na forma prevista nos §§ 6º e 7º ou nos incisos I, II e III do § 8º deste artigo, devendo os valores despendidos para o atendimento do disposto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal serem computados para efeito do § 6º deste artigo.

"'§ 18. Durante a vigência do regime especial a que se refere este artigo, gozarão também da preferência a que se refere o § 6º os titulares originais de precatórios

que tenham completado 60 anos de idade até a data da promulgação desta Emenda Constitucional.'

"Art. 3º. A implantação do regime de pagamento criado pelo art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deverá ocorrer no prazo de até 90 dias, contados da data da publicação desta Emenda Constitucional.

"Art. 4º. A entidade federativa voltará a observar somente o disposto no art. 100 da Constituição Federal: I – no caso de opção pelo sistema previsto no inciso I do § 1º do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando o valor dos precatórios devidos for inferior ao dos recursos destinados ao seu pagamento; II – no caso de opção pelo sistema previsto no inciso II do § 1º do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao final do prazo.

"Art. 5º. Ficam convalidadas todas as cessões de precatórios efetuadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional, independentemente da concordância da entidade devedora.

"Art. 6º. Ficam também convalidadas todas as compensações de precatórios com tributos vencidos até 31 de outubro de 2009 da entidade devedora, efetuadas na forma do disposto no § 2º do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, realizadas antes da promulgação desta Emenda Constitucional.

"Art. 7º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação."

Capítulo XXI

A PRESCRIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

I. Prescrição, decadência e preclusão. II. Prescrição (ou outro prazo extintivo) da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa. III. Prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público. IV. Pretensões da Administração contra o administrado. V. "Prescrição" da possibilidade de a Administração prover, ela própria, sobre certa específica situação. VI. Prescrição das ações judiciais contra o administrado.

I. Prescrição, decadência e preclusão

1. A *prescrição*, instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas (objetivo, este, também compartilhado pela decadência), é, segundo entendimento que acolhemos, arrimados em lição de Câmara Leal,[1] a perda da *ação judicial*, vale dizer, *do meio de defesa de uma pretensão jurídica*, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la.[2]

A perda da ação não significa, ou, pelo menos, não necessariamente significa, a perda do direito. Exemplo: não tendo o devedor efetuado o pagamento ao credor, este disporá do tempo "x" para acioná-lo. Não o fazendo dentro da dilação própria, prescreverá sua ação para defender tal direito. Sem embargo, o direito não haverá se extinguido, tanto que, se o devedor ulteriormente vier a pagá-lo, não poderá mais tarde propor ação de repetição do indébito.

Tal situação é diversa da que ocorre na *decadência*, pois esta é a perda do *próprio direito*, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para seu exercício, evento, este, que sucede quando a única

1. *Da Prescrição e da Decadência*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959.

2. Cf. em Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 12ª ed., vol. I, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 245-265, onde todo este tema, como é usual nos trabalhos da eminente autora, está excelentemente tratado.

forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação. Logo, não exercitado este último, não terá sido exercitado o próprio direito substantivo. Exemplo: a forma única de exercer-se o direito de não ser considerado pai de filho ilegítimo da própria mulher é mover ação contestando-lhe a legitimidade; a forma única de exercer o direito de revogar, quando cabível, uma doação efetuada é mover ação para revogá-la; o único modo de o cônjuge coacto exercer o direito a não ser havido como casado, se o casamento efetuou-se sob coação, é mover ação anulatória sob tal fundamento. Vê-se que, em todas estas hipóteses, o exercício do direito confunde-se com o exercício da ação para manifestá-lo.

2. A distinção entre os institutos da prescrição e da decadência é importante porque o prazo prescricional pode ser *suspenso* ou *interrompido*, ao passo que o prazo de decadência é fatal: nem se interrompe, nem se suspende.

Suspensão da prescrição é a paralisação temporária da fluência do prazo prescricional – por força de fato ou ato a que a lei atribua tal efeito –, o qual, uma vez cessada a causa suspensiva, recomeça a correr, computando-se o período transcorrido antes da suspensão.

Interrupção da prescrição é a inutilização do lapso temporal prescritivo já transcorrido, de maneira a recomeçar a contagem de seu prazo a partir do ato ou fato a que a lei reconheça tal efeito; como logo adiante se dirá, *em matéria de prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público, entretanto, este esquema sofre alguma alteração.*

3. Preclusão é a perda de uma oportunidade *processual* (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo). Difere da prescrição em que nesta o que se perde é o direito de ação, pelo quê seu termo inicial é sempre anterior ao processo,[3] ao passo que a preclusão opera no interior do processo. Difere da decadência em que nesta, conforme visto, o que se perde é o direito material, ao passo que na preclusão o que se extingue é o direito adjetivo.

4. Fixados estes pontos, consideremos, inicialmente, as limitações temporais para insurgências do administrado *na via adminis-*

3. Salvo nas excepcionais hipóteses de prescrição intercorrente.

trativa, examinando em seguida a *prescrição das ações judiciais* dos administrados contra o Poder Público.

II. Prescrição (ou outro prazo extintivo) da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa

5. As pretensões dos administrados na via administrativa, como é natural, sujeitam-se a prazos.

O prazo para o exercício do direito de "reclamação administrativa", se outro não estiver previsto em lei especial, é de um ano, a teor do art. 6º do Decreto 20.910, conforme já se deixou dito (Capítulo III, n. 10). Trata-se, efetivamente, de prazo prescricional, por anterior ao procedimento (processo) administrativo a ser por meio dele desencadeado.

Os prazos para interposição de recursos são previstos nas leis atinentes a cada matéria. Se não o forem caem sob o império das já assinaladas disposições constantes das leis de processo administrativo (federal, estaduais, municipais ou distrital, conforme o caso). Disto se trata mais adiante, à vista da legislação na esfera federal (n. 10). Assim, *e.g.*, em tema de licitação e contratos o prazo de interposição do recurso é de cinco dias, a teor do art. 109, I, da Lei 8.666, de 21.6.1993, ou de dois dias úteis se se tratar de insurgência contra procedimento licitatório realizado na modalidade de convite (§ 6º do citado art. 109). Evidentemente, aí não está em causa prescrição, mas *preclusão*, por serem tais recursos interpostos na intimidade de um procedimento (processo) administrativo.

6. Importa advertir, entretanto, que, mesmo *preclusa a via administrativa*, ou estando prescrita, *nesta via*, a possibilidade de o administrado insurgir-se, por escoamento dos limites temporais próprios, a Administração não poderá ignorar sua manifestação se esta contende *procedentemente* o ato impugnado, *salvo se já estiver prescrita na via judicial*.

A razão desta assertiva é a seguinte. Como a Administração está obrigada a atender ao princípio da legalidade, não poderá contemporizar com atos violadores do direito impugnados, e terá de fulminá-los.[4]

4. É que, *in casu*, seria descabida a convalidação do ato, ante a insurgência contra ele; pois a Administração não pode convalidar ato já impugnado (cf. Capítulo VII, n. 162).

Neste caso, pois, o recurso ou a reclamação administrativa valerão como denúncia. Entretanto, se, por força da prescrição da ação judicial, não mais existir a possibilidade de insurgência em juízo, isto significará que decorreu o lapso de tempo a partir do qual o Direito considerou necessário promover a definitiva estabilização da sobredita situação jurídica. Daí que, como bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ante tal ocorrência, a Administração não mais poderá nela interferir.[5]

III. Prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público

7. As ações *judiciais* do administrado contra o Poder Público, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910, de 6.1.1932 (texto com força de lei, pois editado em período pós-revolucionário, no qual o Poder Legislativo estava enfeixado nas mãos do Chefe do Executivo), *deveriam*, como regra, prescrever em cinco anos. Sem embargo, como ao diante se dirá, a jurisprudência distingue entre ações pessoais, estas, sim, havidas como submissas ao aludido prazo, e ações reais, sujeitas a prazo diverso.

Por força do Decreto-lei 4.597, de 19.8.1942 (art. 2º), a prescrição quinquenal estabelecida no Decreto 20.910 foi expressamente estendida às autarquias, e deve-se considerar que o mesmo vale para as fundações de Direito Público, até mesmo porque estes sujeitos não passam de autarquias.

Ademais, conforme resulta do art. 3º do Decreto 20.910, quando o devido pelo Poder Público (ou suas autarquias) deva implementar-se em prestações periódicas, o que prescreve não é o débito em si, mas as parcelas vencidas e não exigidas no prazo de cinco anos.

O STF fixou a respeito, em sua Súmula 443, o entendimento de que: "A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta". Assim, por exemplo, se um servidor faz jus a determinada gratificação mensal que a lei haja concedido aos que cumpriram dado requisito, mas a Administração nunca lhe pagou e o interessado também não chegou a questioná-la em razão disto, uma vez ultrapassados cinco anos fica prescrito o direito de requerer os valores mensais (isto é, as

5. *Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pp. 486-487.

prestações) relativos ao período coberto pelos cinco anos. Assim, se o interessado ingressou em juízo no sexto ano, terá direito aos atrasados relativos às parcelas que se venceram depois dos cinco anos. Inversamente, se o interessado postulou perante a Administração o direito àquela gratificação e esta lhe negou tal direito, entendendo que o servidor não fazia jus a ela, uma vez decorridos cinco anos desta negativa, não haverá prestação alguma a ser postulada perante o Judiciário, porque prescreveu a ação relativa ao próprio direito concernente à gratificação.

Também há expressa menção ao prazo de cinco anos para propositura de ação objetivando indenização por danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos, no art. 1º C da Lei 9.494, de 10.9.1997, artigo, este, que lhe foi incluído pela inconstitucional MP 1.984-16, de 6.4.2000 (hoje, 2.180-35, de 24.8.2001).

A ação popular prescreve igualmente em cinco anos (Lei 4.717, de 26.6.1965, art. 21).

8. O referido art. 1º do Decreto 20.910 dispõe: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação, contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram".

Sem embargo de seus termos, como dantes se mencionou, a jurisprudência, sob o império do Código Civil de 1916, pacificou-se, mesmo contra a dicção expressa do referido preceptivo ("qualquer direito ou ação ... seja qual for sua natureza"), no sentido de que *ele só se aplica às ações pessoais*. Assim, a regra geral para ações desta natureza, isto é, ressalvadas disposições prescricionais específicas, será o prazo prescricional de cinco anos.

Quanto às *ações reais*, sempre ao tempo do Código Civil de 1916, o prazo prescricional seria o comum, isto é, de 10 anos entre presentes e de 15 entre ausentes, a teor do art. 177 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 2.437, de 7.3.1955. Este, como dito, é o entendimento da jurisprudência. Fundavam-se os julgados em que, se também as ações reais prescrevessem em cinco anos, estaria consagrada a possibilidade de o Poder Público usucapir uma propriedade em cinco anos, no que estaria criado um usucapião especial sem expressa previsão de lei em tal sentido. Tratando-se de ação por desapropriação indireta, o prazo prescricional, na conformidade da Súmu-

la 119 do STJ, é de 20 anos, por ser este o prazo do usucapião extraordinário, a teor do art. 550 do Código Civil de 1916, com a redação dada pela citada Lei 2.437.

Atualmente, com o Código Civil de 2002, para fins de prazo prescricional, não há mais acepção entre ações pessoais e reais. No art. 205, foi fixado que a "prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor". Esta é, pois, a regra geral. Contudo, se o Supremo Tribunal Federal mantiver o mesmo critério que o orientava no passado, possivelmente entenderá que, mesmo não havendo a distinção mencionada, o prazo prescricional nas ações reais não poderá ser inferior ao da usucapião. Ocorre que no Código de 2002, são contemplados diversos prazos para a usucapião, conforme a hipótese, sendo certo que não mais se distingue entre presentes e ausentes. Afora hipóteses específicas, o prazo para usucapir independentemente de justo título e boa-fé é de 15 anos (art. 1.238) reduzível para 10 anos se o possuidor houver estabelecido sua moradia habitual no imóvel ou se nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo (parágrafo único). Também será de 10 anos o prazo, se o possuidor tiver justo título e boa-fé.

É impossível prever qual, dentre os prazos de usucapião, o STF tomará como paradigma, posto que embora se pudesse imaginar que seria lógica a adoção dos 15 anos (pois a hipótese de desapropriação indireta com boa-fé é, no mínimo, remotíssima); em abono dos 10 anos contaria a realização de obras ou a utilização para fins públicos (desde que ocorrentes um ou outro), similarmente ao previsto no parágrafo único do art. 1.238. Por isto, entendemos que a solução correta irá variar na dependência de uma ou outra destas situações.

Não é demais registrar que o STJ entendeu, no REsp 1.137.354,[6] em caso cuja matéria de fundo dizia respeito a ferimento por bala provocado pelo Poder Público, que o prazo para o particular promover ação de responsabilidade civil contra o Estado é de 3 anos, a teor do art. 206, § 3º, V, do Código Civil (pretensão de reparação civil), em consonância com o próprio art. 10 do Decreto 20.910, que manda aplicar prazo inferior aos 5 anos nele genericamente previsto, quando haja, em prol do Poder Público, norma que acaso estabeleça período mais breve.

9. A prescrição das ações contra o Poder Público pode ser *suspensa* nas hipóteses comuns de suspensão previstas na legislação

6. STJ, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 8.9.2009, *DJ-e* 18.9.2009.

civil, e notadamente pela interposição de recursos e reclamações administrativas.

Pode também ser *interrompida*, conforme previsto no art. 202 do Código Civil. Quando se tratar da *prescrição quinquenal* (ações pessoais) obedece ao seguinte regramento próprio, estabelecido no art. 3º do Decreto-lei 4.597, precitado: a interrupção pode ser feita uma única vez e o prazo recomeça a correr pela metade (isto é, dois anos e meio), a contar da data da causa interruptiva. A Súmula 383 do STF deu-lhe interpretação segundo a qual: "A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo". Com isto, amenizou os efeitos restritivos que resultariam da dicção da norma em causa.

Afora isto, existem previsões específicas de prazos decadenciais, ainda que nominados de prescricionais, como, por exemplo, o da Lei 7.144, de 23.11.1983, que fixa em um ano o prazo para exercer o direito de ação contra atos relativos a concursos para provimento de cargos e empregos na Administração Federal direta e suas autarquias, contados a partir da homologação do concurso.

IV. Pretensões da Administração contra o administrado

10. Assim como as pretensões do administrado contra a Administração sujeitam-se a prazos para serem interpostas – seja na via judicial, seja na via administrativa –, também podem se extinguir por decurso do prazo as ações judiciais da Administração contra o administrado, tanto quanto o próprio poder administrativo de incidir sobre dada situação jurídica específica ou de reincidir sobre ela.

V. "Prescrição" da possibilidade de a Administração prover, ela própria, sobre certa específica situação

11. Em face do que se apontou sobre a diferença entre prescrição e decadência, verifica-se facilmente que a perda da possibilidade de a Administração prover sobre dada matéria em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar *não se assemelha à prescrição*. Com efeito, não se trata, como nesta, do não exercício tempestivo de um meio, de uma via, previsto para defesa de um direito que se entenda ameaçado ou violado.

Trata-se, pura e simplesmente, da omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, de seu dever-poder; logo, o que estará em pauta, *in casu*, é o não exercício, a bom tempo, do que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito. *Donde, configura-se situação de decadência*, antes que de prescrição, como já observara Weida Zancaner.[7]

Isto pode ocorrer tanto em relação ao provimento administrativo inicial relacionado a uma dada situação quanto em relação à possibilidade de reincidir sobre uma dada situação (provimento secundário), para anulá-la.

Nas hipóteses em que se trate de rever uma anterior decisão sua, haver-se-á de entender, caso não haja outro prazo estabelecido, que o prazo decadencial jamais excederá àquele correspondente ao da prescrição da ação judicial de que disporia. Pois é óbvio que o termo prescritivo de tal ação destina-se precisamente a proporcionar a estabilização das situações jurídicas.

Além disto, conforme importante regra introduzida pelo art. 54 da lei federal de processo administrativo, decai em cinco anos o direito da Administração de anular ato do qual decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em foi praticado, salvo comprovada má-fé.[8] Entendemos que dito prazo também se aplica aos contratos administrativos, pois, se é impositivo perante atos unilaterais, quando o particular, então, sequer concorreu para a integra-

7. Encarando, embora, a questão pelo ângulo interessante ao objeto temático de que tratava, a referida autora anotou:

"(...) no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica (... mas ...) o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvalidáveis, devido ao fato da Administração Pública não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercitar o seu poder de invalidar. Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto deste estudo. Tanto é exata esta assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica esta da decadência, em oposição à prescrição.

"Assim, muito embora a doutrina tenha utilizado o prazo prescricional como forma de sanação dos atos inválidos, este consiste em prazo decadencial (...)" (*Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 98).

8. Este mesmo prazo na lei paulista (cf. art. 10) é de 10, anos e não se faz ressalva alguma quanto ao tópico da má-fé.

ção deles, maiormente deverá sê-lo se estes são fruto de vontades que se transfundem para lhes dar nascimento.

Registre-se, finalmente, que a Lei 9.873, de 23.11.1999 (resultante da conversão da MP 1.859-17, de 22.10.1999 – inconstitucional como quaisquer outras, tanto por haver sido expedida fora dos pressupostos estabelecidos no art. 62 da Constituição Federal, quanto por ser reedição de medidas anteriores, o que é desenganadamente incompatível com a Constituição), fixa "em cinco anos a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado". Dita lei estatui, ainda, que, tratando-se de processo administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, neste prazo incidirá a prescrição e os autos serão arquivados. Dispõe também que, nos casos em que a conduta constituir crime, o prazo prescricional será o mesmo da ação penal. Outrossim, a lei em questão aponta como hipóteses interruptivas da prescrição (I) a citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital, (II) qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato e (III) decisão condenatória recorrível. Estabelece que ficará suspensa a prescrição na vigência de certos compromissos legalmente suscetíveis de serem travados entre os inculcados de infração à ordem econômica (a teor da legislação do CADE, arts. 53 e 58 da Lei 8.884, de 11.6.1994) ou à de mercado de capitais (nos termos do § 5º do art. 11 da Lei 6.385, de 7.12.1976, com a redação dada pela Lei 9.457, de 5.5.1997). Finalmente, dispõe que, ressalvadas as referidas hipóteses de interrupção mencionadas, a prescrição das infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1988, ocorrerá em dois anos.

VI. Prescrição das ações judiciais contra o administrado

12. Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para decadência do direito de constituir o crédito tributário.

No passado (até a 11ª edição deste *Curso*) sustentávamos que, *não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as*

situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis.

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.

Nestas, encontram-se duas orientações com tal caráter:

a) a relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público. Como dantes se viu, o diploma normativo pertinente (Decreto 20.910, de 6.1.1932, texto com força de lei, repita-se, pois editado em período no qual o Poder Legislativo estava absorvido pelo Chefe do Executivo) fixa tal prazo em cinco anos. Acresça-se que é este também o prazo de que o administrado dispõe para propor ações populares, consoante o art. 21 da Lei da Ação Popular Constitucional (Lei 4.717, de 29.6.1965). Em nenhuma se faz discrímen, para fins de prescrição, entre atos nulos e anuláveis. O mesmo prazo, embora introduzido por normas espúrias (as citadas medidas provisórias expedidas fora dos pressupostos constitucionais), também é o previsto para propositura de ações contra danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos, assim como para as ações de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta ou por danos oriundos de restrições estabelecidas por atos do Poder Público;

b) a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadencial para constituir o crédito tributário. Está fixado em cinco anos, conforme há pouco foi mencionado. Também já foi referido que, a teor da Lei 9.873, de 23.11.1999 (resultante da conversão da MP 1.859-17, de 22.10.1999), foi fixado em cinco anos o prazo para prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, a menos que esteja em pauta conduta criminosa, hipótese em que vigorará o previsto para ela. É, outrossim, de cinco anos o prazo para a Administração, *por si própria*, anular seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado, salvo comprovada má-fé

(o que, entretanto, faz presumir prazo maior quando houver comprovada má-fé) consoante dispõe o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo. Também aí não se distingue entre atos nulos e anuláveis.

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes de relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis. Entretanto, dito prazo só começará a correr depois que findar-se o período em que a autoridade, durante cuja gestão foi praticado o ilícito, esteja no governo (Chefe do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário). A ser de outra sorte, em inúmeros casos poderia ela acobertar o ilícito até sua prescrição. Daí que a solução correta, similarmente ao que decore do art. 23, I da Lei 8.429, de 2.6.1992 (lei de combate à improbidade administrativa) é a que se vem de indicar.

Como os cinco anos a que alude o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo, contempla apenas os casos em que não houve comprovada má-fé, ter-se-á de indagar: e naqueloutros em que houve comprovada má-fé? Estamos em que, aí, não haveria remédio, salvo o de buscar analogia com o direito privado, a teor do art. 205 do Código Civil, isto é: 10 anos.

12-A. Até a 26ª edição deste *Curso* admitimos que, por força do § 5º do art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos causados ao erário serão estabelecidos por lei, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. Simples-

mente parecia-nos não haver como fugir de tal disparate, ante o teor desatado da linguagem constitucional.

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e *sempre em matéria penal que, bem por isto,* ***não se eterniza****, pois não ultrapassa uma vida* –, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria.

Como explicar, então, o alcance do art. 37, § 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal-expressada, de separar os prazos de prescrição *do ilícito propriamente*, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.

Qual seria, então, o prazo prescricional a vigorar nos casos de dano ao erário?

Pensamos que os prazos prescricionais serão os mesmos acima apontados para a decretação de invalidade dos atos viciados. Cinco anos, quando não houver má-fé e dez anos, no caso de má-fé – sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso.

Apêndice

O NEOCOLONIALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

I. Introdução. II. A globalização, o neoliberalismo e a "reforma" do Estado. III. Os reflexos da globalização no mundo jurídico brasileiro. IV. Conclusão.

I. Introdução

1. As ideias jurídicas vigentes em um dado período sofrem inevitável influência do ambiente cultural em que estejam imersas. Com efeito, o mundo do Direito não vive em suspensão, alheio ao contexto socioeconômico que lhe serve de engaste. Pelo contrário, as concepções dominantes em uma sociedade são as que ofertam a matéria-prima trabalhada pelos legisladores e depois pelos intérpretes das regras por eles produzidas.

O substrato político, econômico e social conformador de uma coletividade produz uma certa "cultura", ou seja, uma dada maneira de ver, compreender e valorar o conjunto de relações sociais que ali se processa, de maneira que é neste contexto que residem os ideais presidentes de sua coesão. Dessarte, assim se dita sua fisionomia axiológica, a qual determina, pois, do modo mais abrangente possível, o que é prezável e o que não é, o que merece acolhida e o que convém seja repelido, de tal sorte que, tanto no plano das ideias, quanto no plano das ações fica definido o que "é do bem" e o que "é do mal".

Ora, o Direito é uma das manifestações desta "cultura"; é, pois, uma expressão deste todo e – diga-se de logo – é uma sua relevantíssima expressão, visto que, por meio dele é que se exprimem os laços formais, coercitivos, que afirmam, confirmam e reconfirmam os comportamentos positivamente valorados, assim como repelem os avaliados negativamente, de maneira a alimentar e a realimentar o universo de ideias que subjazem naquela realidade social.

As teorias econômicas, sociais, políticas e, portanto, também as jurídicas, não surgem do nada, não são produto do acaso ou do momento de iluminação de uma só pessoa. Pelo contrário, elas são a face visível, o revestimento exterior, a feição "sofisticada" de interesses concretos que fermentam no seio da Sociedade. Correspondem, portanto, muitas vezes, tão só a uma forma lapidada e esmerilhada de interesses de determinado ou determinados segmentos, os dominantes, apresentada sob a forma de proposições concatenadas, articuladas e ademais blindadas com o rótulo de "científicas", para captarem os créditos de uma pretensa neutralidade.

Evidentemente, então, as concepções jurídicas, as instituições jurídicas e as interpretações jurídicas irão sempre refletir o que se esteja a processar neste ambiente cultural, que, interessa ressaltar, *pode ter muitos de seus ingredientes produzidos exogenamente, isto é, fora de sua própria sociedade.*

2. Nos países subdesenvolvidos, grande parte destes ingredientes culturais, maximamente no que concerne a ideias econômicas, políticas e jurídicas, é importada dos países desenvolvidos. Todos os países que surgiram como produto de empreendimentos coloniais – como é o caso do Brasil – receberam, já em seu berço, de uma assentada, o acervo de ideias que vigorava nas Metrópoles, e assim prosseguiram sob a tutela mental que esta lhes prodigalizava. Nem mesmo a independência os liberta desta influência genética. Prosseguem durante largos períodos históricos, dominados pela "síndrome da dependência", do servilismo intelectual, de um terrível, e muitas vezes inconsciente, complexo de inferioridade. Para dizê-lo de modo simples e esquemático, porém verdadeiro: o subdesenvolvido só se reconhece por meio do olhar do desenvolvido, o qual lhe serve de paradigma de avaliação de si próprio e lhe dá os critérios de aprovação ou reprovação. O certo, o errado, o belo ou o feio, o progressista ou retrógrado, o útil ou o inútil não são aferidos por pautas geradas "desde dentro", isto é, internamente, ao lume de sua própria realidade, de suas características, de suas necessidades ou interesses, mas em vista do "olhar", da "apreciação" que dele façam os países cêntricos. Estes, pelo contrário, justamente por não viverem a situação de dependência, mas a de dominação ou supremacia, exercem tal avaliação em função de si próprios; logo, em função de sua própria realidade, características, necessidades e interesses. *E é o fruto desta avaliação que se apresentará como diretriz para o subdesenvolvido, inclusive, portanto, em matéria jurídica.*

Habituados desde o nascimento a reverenciar seus "senhores", principalmente se viveram o odioso instituto da escravidão, os ex-colonizados podem até, depois de suas proclamações de soberania, trocar de "mestres metropolitanos", mas estarão, de todo modo, sob a órbita de algum novo "país-guru" que lhes fornece as ideias que devem professar, o "modelo econômico" a ser seguido, a atualização das diretrizes do Direito, os padrões da moda mental ou até mesmo da moda indumentária.[1] A própria linguagem usada no país acaba por sofrer influência generalizada não apenas entre as pessoas de escassíssima instrução, mas também, entre aquelas de instrução apenas medianamente escassa, como ocorre na chamada *mídia*.[2]

3. Nunca é demais ressaltar o quadro de subserviência dos meios culturais e, pois, dos jurídicos, às ideias, e até modismos, que nos vêm de fora, oriundas dos centros mais bem-reputados pelos brasileiros.

Laurentino Gomes, em seu livro sobre a chegada da família real portuguesa ao Brasil em 1808, relata que as damas da Corte de D. João VI, aí incluídas as da família real, ao desembarcarem no Rio de Janeiro, em 1808, vinham com a cabeça coberta com turbantes ou com os cabelos muito curtos. É que haviam tido necessidade de raspá-los durante a longa travessia marítima entre Portugal e Brasil, pois estavam infestados de piolhos que proliferavam em razão das condições precárias e anti-higiênicas nas embarcações. Vendo-as deste modo, as senhoras da sociedade carioca, julgando ser esta a última moda na Europa, também passaram a rapar os cabelos e a usar turbantes...

1. Neste último particular, para trazer de imediato alguns exemplos, citem-se o uso do jeans e dos tênis, mesmo em ocasiões não esportivas, do boné que os jovens colocam com a pala para traz, como se tivessem olhos na nuca a serem protegidos do sol, das bermudas até os joelhos, todos eles provenientes, já se vê, de um país que não prima nem pelo bom gosto, nem pela racionalidade, mas que ocupa hoje o papel metropolitano entre nós.

2. Então, na Imprensa são usadas palavras como "massivo", que não existe em Português, no qual se diria "maciço", mas que corresponde ao inglês *massive*; projeto "tentativo", do inglês *tentative*, pretendendo significar o que seria um esboço ou projeto experimental, e, pior que isto, o grotesco uso do vocábulo jurídico *evidence* com o sentido de prova, obviamente copiado do inglês onde possui tal significado ou a acepção de "indício", sem embargo de que a voz "evidência", na língua pátria, designa aquilo que nem ao menos é suscetível de prova, por se tratar de um conhecimento que se impõe de imediato à mente como algo irrecusável. No meio do pequeno comércio vulgarizou-se o uso do vocábulo *delivery*, para substituir o corriqueiro "entrega". Estes exemplos exibem, em uma esfera pedestre, aquilo que ocorre em plano superior, isto é, no patamar das ideias, das concepções que concorrem para formar o universo "cultural", o ambiente mental, a cosmovisão, em suma, que prevalece em uma dada Sociedade.

Estas mesmas cenas, embora com outro revestimento, se repetem quase que diariamente entre nós e no Direito Administrativo brasileiro são, infelizmente, muitíssimo comuns. Institutos do Direito alienígena, e que foram concebidos, como é natural, em vista das vicissitudes históricas do país que os engendrou, são repetidos no Brasil com a máxima ingenuidade, embora não tenham a mais remota correlação com a nossa realidade jurídica, e algumas vezes se encontrem, mesmo, em aberto contraste com o que resulta das disposições constitucionais pátrias. Um exemplo servirá como demonstração.

É comum entre nós falar-se em "reserva de lei" para mencionar que só lei pode dispor sobre tal ou qual assunto, sendo vedado ao Executivo prover sobre ele. O uso desta expressão no Direito brasileiro é completamente descabido, pois a distinção entre o que é da alçada do Executivo e do Legislativo não se faz em função da matéria, já que, nos termos do art. 48 da Constituição: "Cabe ao Congresso Nacional (...) dispor sobre *todas as matérias* de competência da União, especialmente sobre (...)".

O que distingue o campo de atuação do Executivo em relação ao Legislativo é que enquanto este dispõe inauguralmente, ou seja, fundado apenas na Constituição, sobre qualquer matéria, o Executivo somente pode expedir atos para cumprir lei, pois além de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II), até mesmo os decretos e regulamentos, que são os atos mais conspícuos do próprio Chefe do Poder Executivo, existem para o cumprimento de lei, consoante disposto no art. 84, pois, ao definir-lhe a competência, no inciso IV, assinala: "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

A expressão "reserva de lei" surgiu na Alemanha, cunhada por Otto Mayer, para explicar uma situação e cumprir uma função então específica do Direito daquele país, a fim de nominar certas hipóteses em que o Executivo não poderia dispor sobre determinadas matérias, as quais só por lei poderiam ser disciplinadas. Pode-se assim resumir o que determinou o surgimento desta locução.

Ao se iniciar o enfraquecimento das Monarquias na Europa, das quais foi sendo retirado o poder legislativo e transferido aos Parlamentos, considerou-se, à época, que os assuntos de administração não eram "matéria de lei", mas objeto de competência interna dos reis, ou seja, do próprio Executivo, que sobre ela dispunha por meio de atos denominados "ordenanças". Com efeito, o objeto da lei, *se-*

gundo a concepção da época, era a disciplina da liberdade e da propriedade das pessoas – assunto que parecia substancialmente distinto das disposições preordenadas à regência do aparelho estatal ou de questões que, na Alemanha, eram havidas como pertinentes à chamada "supremacia especial" da Administração.

Vigorava, então, naquele país, a concepção, que hoje nos parecerá estranhíssima, de que não são disciplinadas por "regras de direito", não sendo, pois, jurídicas, mas simples relações de poder, as que se processam no âmbito interno da Administração. Compreendia-se como integrando tal âmbito não apenas as chamadas relações interorgânicas ou as que vinculam o Estado ao funcionário, mas também as que se processam na intimidade de um estabelecimento público entre a Administração e o administrado. Estas eram consideradas pertinentes ao âmbito "doméstico" da Administração, donde, por ela própria regidas.

Contrapunham-se-lhes as relações objeto, *precisamente* de "reserva legal" – logo, da alçada do Parlamento –, cujo objeto seria constituído pelas disposições relativas à liberdade e à propriedade das pessoas. Em suma: a noção de "reserva legal", nos termos apontados, era o divisor de águas da competência do Legislativo e do Monarca. Por aí se vê quanto é grotesca a invocação da "reserva legal" em nosso Direito, já que o art. 48 da Constituição declara caber ao Congresso Nacional dispor sobre "todas as matérias de competência da União".

No Direito continental europeu os regulamentos que dispõem sobre os assuntos referidos eram estranhos ao que se considerou objeto de "reserva de lei". Podiam, por isto, independentemente de lei, ser editados pelo Executivo. Tais regulamentos é que são os *regulamentos independentes ou autônomos*, pois, ao contrário dos regulamentos *executivos*, não dependiam de lei alguma e expressavam um poder autônomo do Executivo. Se tais regulamentos foram havidos como uma expressão de poderes naturais do Executivo, mais tarde vieram a ter previsão constitucional expressa.

Assim, por exemplo, na França, onde seu âmbito é o mais amplo possível, o art. 34 da Constituição de 1958 menciona as questões que são "matéria de lei" – e no art. 37 se diz que tudo que não estiver incluído como matéria de lei é matéria de regulamento. É óbvio que tais regulamentos não existem no Direito brasileiro, cujos dispositivos constitucionais já foram referidos. Sem embargo, alguns estudiosos impressionados com o que liam no Direito estrangeiro teimavam em

mencioná-los como se fossem compatíveis com a Lei Maior do Brasil. Mais tarde, ao surgir, por Emenda Constitucional, a de n. 32, de 11.9.2001, a redação atual do inciso VI do art. 84, começou-se a falar em regulamento autônomo para mencionar os atos regulamentares expedidos com base nele. Ora, tais regulamentos são manifestamente distintos dos *regulamentos autônomos* do direito europeu e conferem liberdade muitíssimo menor para o Chefe do Poder Executivo, pois, ao contrário do que se passa no direito europeu, só comportam um arranjo interno de órgãos e competências *já criados por lei*.

4. Uma vez feito este longo, mas necessário introito, interessa, no presente momento, identificar, ainda que de modo muito sumário e genérico, as ideias ultimamente propostas como respaldo "teórico" para a sustentação de determinadas linhas de "pensamento" jurídico. Trata-se em suma de reconhecer se estão, deveras, aportando algo a título de avanço, de progresso, de desenvolvimento histórico supostamente inevitável, ou se nelas há, mais que tudo, uma difusão de interesses alheios aos nossos, que buscam infiltrar-se e se infiltram de maneira a sustentar juridicamente, no campo do Direito Administrativo (embora não só nele), as teses que servem de sustentáculo a propósitos político-econômicos convenientes à implantação de tais interesses, apresentando-se, então, como uma forma de neocolonialismo.

II. A globalização, o neoliberalismo e a "reforma" do Estado

5. Com a queda do "muro de Berlim" (novembro de 1989) e com a implosão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (dezembro de 1991), a dualidade política, militar, econômica e ideológica que opunha dois blocos, o socialista e o capitalista, se desvaneceu. A partir de então uma única voz, um único poder, uma única ideologia, uma única *propaganda*, se impôs *globalmente* ao mundo: a da força remanescente, o capitalismo, sobreposse centrado nos países desenvolvidos que dirigiam e controlavam os interesses desta ordem, notadamente os Estados Unidos da América do Norte e os porta-vozes de seu pensamento e conveniências político-econômicas, isto é, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

A expressão concreta assumida por este pensamento unilateral é a que se conteve no bojo de um movimento propagandístico de grande porte e universalmente disseminado, chamado "globalização". Este notável empreendimento de *marketing*, que mobilizou todas as energias de difusão disponíveis tanto pelos governos cêntricos, quan-

to pelas agências internacionais, como pelas organizações capitalistas em geral, se estruturou ao derredor de umas tantas teses e se direcionou a alcançar certos objetivos. Uns e outros vão sumariamente mencionados a seguir.

6. Suas teses fundamentais são as de que o progresso tecnológico tornou a "globalização" inevitável e irreversível; de que é inerente a ela a abertura dos mercados de todos os países ao ingresso do capitalismo internacional, com a natural presença das empresas multinacionais. Seu consectário natural e incontestável seria a necessidade de redução do papel do Estado a um mínimo (*O Estado-Mínimo*), cumprindo, então, privatizar as empresas estatais. O Estado deveria se limitar à "regulação", deixando a presença ativa no meio socioeconômico à ação das empresas e do livre mercado, o qual, por si mesmo, provocará o equilíbrio e o bem-estar social, pelo que, para ensejar o máximo de eficiência deste mercado, deve-se também "desregulamentar" o quanto possível, flexibilizando diversas relações, como as de trabalho por exemplo. Estas, as teses.

A respeitabilidade do conceito de globalização e seus objetivos poderiam até mesmo ser resumidos em uma frase do renomado economista John Kenneth Galbraith: "Não é um conceito sério. Nós americanos o inventamos para dissimular nossa política de entrada econômica em outros países. E para tornar respeitáveis os movimentos especulativos de capital, que sempre são causa de grandes problemas" (*Folha de S.Paulo*, de 7.11.1997).

Sem embargo, as referidas teses foram recebidas como "artigos de fé" em diversas partes do mundo, mas sobretudo nos países periféricos, que eram o principal alvo da expansão dos negócios comandados pelos países cêntricos.

É fácil perceber que ditas teses se propõem justamente a exaltar o mais desenfreado "liberalismo", o qual parecia já ter sido sepultado na poeira da História, vencido que fora por uma concepção de solidarismo social, consubstanciado no chamado "Estado Providência" ou "Estado Social de Direito", de crescente acolhimento, e que surgira impulsionado por dois movimentos poderosos.

Este modelo progressista de Estado proviera, de um lado, da necessidade de aplacar as reivindicações das camadas sociais mais desafortunadas, e que estavam a encontrar uma via política de escape não só no ideário comunista (o *Manifesto Comunista*, de 1848), mas, inclusive, na progressiva implantação deste regime em diversos países, surgindo, pois, como séria ameaça ao capitalismo. De

outro lado, foi fertilizado pelo pensamento da Igreja Católica manifestado anos mais tarde em sucessivas encíclicas papais, que preconizavam tanto um combate aos desníveis sociais (*Rerum Novarum*, 1891, *Quadragesimo Ano*, 1931), como um combate aos desníveis econômicos no plano mundial (*Mater er Magistra*, 1961, *Pacem in Terris*, 1963 e *Populorum Progressio*, 1967).

O fato é que já em 1917, pela primeira vez na História, uma Constituição, a Mexicana, consagrava direitos sociais, que apareceriam novamente, em 1919, na Constituição de Weimar; e desde então se alastraram pelo mundo, representando um visível progresso da humanidade.

7. Além de optar, quando de sua promulgação, por um decidido apoio ao genuinamente nacional, de que é exemplo, a norma que qualifica o mercado interno como patrimônio nacional ou o revogado conceito de empresa brasileira de capital nacional e sua correlata proteção, a Constituição brasileira de 1988, à toda evidência, inclui-se na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem-estar dos administrados, notadamente dos que se encontram na base da pirâmide social.

Com efeito, seu art. 3º proclama de modo enfático que: "Constituem objetivos da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Seu art. 6º declara que são direitos sociais, "a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". No art. 170, com o qual se abre o capítulo nominado "Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica", estatui que: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)", observados uns tantos princípios, entre os quais são arrolados "a função social da propriedade" e a "redução das desigualdades regionais e sociais". De seu turno, o art. 193, é explícito ao estabelecer que: "A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social".

Ou seja, não se presumiu que a Sociedade, no livre jogo das forças de mercado, produzisse e promovesse espontaneamente ditos objetivos e resultados. Estes foram definidos pela Constituição e postos à compita do Estado, ao qual foi cometido o encargo de implementá-los ou garanti-los.

Pois foi em explícita contradita a este movimento ascensional da humanidade, representado pelo Estado Providência, e esplendorosamente consagrado na Constituição brasileira de 1988, que, por volta dos anos 1970, irrompeu um assim rotulado "neoliberalismo", o qual, prevalecendo-se das condições propícias dantes mencionadas e que o salvaguardavam de qualquer oposição consistente, expandiu-se irrefreavelmente em despeito dos males que, em curto prazo, conseguiu causar. As ideias por ele preconizadas contaram sempre com um forte apoio da "mídia" (o que é compreensível) e, incongruentemente, também com a adesão ingênua, quase infantil, das próprias classes produtoras no interior dos países subdesenvolvidos. Esta última adesão foi assim qualificada porque, à toda evidência, contrariava os interesses de afirmação e expansão do empresariado nacional, já que a abertura de mercados os expunha a uma concorrência que não tinham como enfrentar.

Com efeito, é meridianamente óbvio que empresas de economias incipientes, ao menos se comparadas com as dos países cêntricos, por terem limitada capacidade de inversão, recursos tecnológicos menores e agravadas, em muitos casos, por juros espetaculares, não teriam a mais remota possibilidade de competir com êxito, a menos que tal abertura de mercado fosse seletiva e efetuada com grande prudência. De fora parte a ocupação do setor de serviços públicos, antes em mãos do Poder Público, os capitais internacionais desalojaram vastos setores do empresariado nacional, inclusive na área financeira, na qual bancos estrangeiros adquiriram estabelecimentos de crédito nacionais. Hoje, no Brasil, não há mais que dois bancos privados brasileiros de porte.

Assim como houve uma invasão econômica, ainda mais expressiva foi a invasão da mente dos subdesenvolvidos. Como foi dito de início, se já eram tomados por uma reverência servil a tudo que provém dos centros mais poderosos, esta colonização espiritual veio a ser reforçada até o último limite. Sob o patrocínio explícito de governantes submissos, que a exibiam com orgulhosa desfaçatez, implantou-se solidamente a chamada globalização neoliberalizante.

III. Os reflexos da globalização no mundo jurídico brasileiro

8. Na área que nos interessa, a jurídica, no Brasil foram necessárias alterações legislativas e até mesmo constitucionais para que se oferecesse o máximo de suporte a esta penetração de interesses internacionais. Assim, no governo que precedeu ao do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foram procedidas agressões duríssimas ao espírito norteador da Constituição no que se refere à defesa da soberania e dos interesses nacionais contra ambições econômicas de grupos multinacionais. Vieram em catadupa.

Em 15 de agosto de 1995, a Emenda Constitucional n. 6 eliminou o conceito de empresa brasileira de capital nacional e a proteção que, em sendo necessário, estava previsto lhe poderia ser dada, tanto quanto a garantia de tratamento favorecido nas aquisições de bens e serviços efetuáveis pelo Poder Público. Outrossim, fulminou a regra que só permitia fossem exploradas por brasileiros ou por empresas brasileiras de capital nacional as riquezas minerais e os potenciais de energia hidráulica do país, para admitir que pudessem sê-lo também por empresas de capital e controle alienígena, bastando que fossem aqui constituídas sob as leis brasileiras.

Na mesma data sobrevieram as Emendas 7 e 8, igualmente desnacionalizantes. Pela primeira delas foi suprimida a exigência de que fossem brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais e que, salvo caso de necessidade pública, fossem privativas de embarcações nacionais a navegação de cabotagem e a interior. A segunda extinguiu a reserva em favor da União, ou de empresas sob controle acionário estatal, da exploração dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações.

Finalmente, a Emenda n. 9, de 9 de novembro do mesmo ano, pôs fim ao monopólio estatal do petróleo nos termos então previstos, vindo a permitir que a União pudesse contratar com terceiros, nacionais ou não, atividades de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades mencionadas e o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Estas investidas contra os dispositivos defensivos do interesse nacional foram feitas para facultar ao capital internacional eventual assenhoreamento das riquezas minerais do país, ensejando, a privatização da lucrativa Cia. Vale do Rio Doce – maior exportadora de minério de ferro do mundo – e a abertura da exploração de nossos gigantescos potenciais de energia hidráulica por estrangeiros. Assim também foi propiciada a dissolução do lucrativo sistema TELEBRÁS, para privatização das telecomunicações em favor de empresas alienígenas, beneficiadas, para tanto, com empréstimos do Governo Brasileiro, ensejando-se igualmente a abertura de negócios no setor petrolífero aos interesses das grandes multinacionais, até então proibidas de neles penetrarem. Outrossim, a abertura da navegação de cabotagem e interior aos estrangeiros integrava-se na amplitude do projeto desnacionalizador cujo ponto crucial residiu na mencionada supressão do conceito de empresa brasileira de capital nacional e na proteção que se lhe deveria outorgar.

Tudo isto foi escrupulosamente cumprido nos oito anos de governo que precederam ao do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com o aplauso unânime da grande imprensa que emprestou ao então Chefe do Poder Executivo um apoio incondicional. Com efeito, a grande imprensa é não apenas o arauto do pensamento das classes dominantes, mas também o instrumento de que elas se valem para domesticação do pensamento das classes dominadas.

9. Surgiram, nesta mesma esteira, institutos jurídicos novos, tais como os contratos de gestão, as agências reguladoras, as "organizações sociais", "as organizações da sociedade civil de interesse público" e, por último, as chamadas "parcerias público-privadas".

Tais figuras foram concebidas ou para copiar mimeticamente instituições alienígenas, sem nenhuma relação com a índole do direito local, ou para proporcionar ampla proteção aos inversores estrangeiros ou mesmo para exponenciar as "privatizações", designação que se deu para a retração do Estado e liberação dos mercados à cobiça dos adventícios. É prescindendo dizer que na implantação destas "novidades" o Direito Constitucional pátrio foi atropelado sem contemplações.

Não é o caso de examinar pontualmente estas inovações para exibir todos os seus desajustes às disposições e ao próprio espírito da Constituição. Sem embargo, vale a pena fazer uma ou outra observação absolutamente óbvia quanto a algumas destas afrontas à Lei Maior.

10. Quanto aos *contratos de gestão*, como se sabe, designam duas espécies de realidades bastante distintas. Uma delas são os acordos entre entidades públicas e sujeitos de suas Administrações indiretas, pelos quais firma-se o compromisso de outorgar maior autonomia a estas últimas, bem como assegurar repasses regulares de recursos, em contrapartida do cumprimento de certas metas administrativas, sob pena de sanções aos seus administradores. Nesta acepção consiste em instituto que, para não se falar em outras violações à Constituição, se propõe a ensejar a ampliação da esfera de liberdade de pessoas da Administração indireta por contrato. Ora, até mesmo um primeiranista de Direito sabe que a esfera de competências outorgadas por lei a uma entidade pública não pode ser ampliada ou restringida senão por lei.

Outra realidade designada por tal nome – e aqui entram em pauta também as organizações sociais – são os contratos travados entre o Poder Público e estes sujeitos privados. Com base neles são transpassados recursos, servidores públicos e bens públicos a particulares para realização de certos objetivos de valor social prezável e, além de tudo – pasme-se –, sem licitação e sem a exigência de qualquer demonstração de capacitação técnica ou econômica por parte de tais sujeitos. Se já não fora pela grosseira inconstitucionalidade do trespasse de bens e de servidores públicos a particulares, o fato de ser feito sem licitação implica inominável afronta ao princípio da igualdade e da busca do melhor atendimento ao interesse público.

No que atina às agências reguladoras, ao que parece criadas para atender a exigências dos investidores estrangeiros, constituem-se em instituto que não se acomoda bem ao Direito brasileiro e que, do modo como foram reguladas, incorrem, além disto, em inconstitucionalidade. Deveras, aos diretores destas entidades, cujos mandatos ultrapassam o período correspondente ao do Chefe do Poder Executivo, atribuiu-se a garantia de não serem exonerados salvo em decorrência de infração grave, após regular processo apurador. Ora, é da essência do regime republicano a temporariedade dos mandatos precisamente para que o povo possa sufragar quem altere a orientação político-administrativa rejeitada nas eleições. Se dirigentes de agências estiverem garantidos além do período do mandato presidencial de quem os investiu em seus cargos, ficará assegurada a persistência de uma orientação político-administrativa ainda que rejeitada nas urnas pelo povo, em flagrante contradita ao espírito animador da temporariedade dos mandatos políticos.

Finalmente, é quase desnecessário encarecer as grotescas inconstitucionalidades das parcerias público-privadas, pois são literalmente múltiplas e escandalosas. Para cingirmo-nos a apenas três delas, ressalte-se que embora a Constituição proíba expressamente a vinculação de receitas (art. 167, IV), foi prevista no art. 8º, I, da lei que as criou, que obrigações pecuniárias resultantes de parcerias poderiam ser garantidas por tal modo. No art. 16 estabeleceu-se a criação de um Fundo Especial Garantidor de Parcerias, o que é também grosseiramente inconstitucional. É que, dessarte, fica estabelecida uma forma de satisfação de créditos insatisfeitos contra o Poder Público, violadora do art. 100 da Constituição, no qual se estabelece que isto só pode se dar por via de precatórios na ordem de sua apresentação e pelos correspondentes créditos orçamentários, e de outro lado porque, ao privilegiar os "parceiros" em confronto com todos os outros credores do Estado, agride, à força aberta, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, ademais dos princípios da impessoalidade e da moralidade estatuídos no art. 37. Acresce que, enquanto não sobrevier lei complementar prevista no art. 165, § 9º, II, da Constituição, nenhum novo Fundo pode ser criado. Todas estas violações à Carta Magna foram flagradas em valioso estudo de Kioshi Harada, publicado no *Boletim de Direito Administrativo* 3/308-315, março/2005, da NDJ. Há outras ofensas à Constituição na lei das PPP, mas bastam estas para exibir que incidiu em afrontosos descaso com o Direito.

11. O que aqui se deseja acentuar é que surgiu uma abundante literatura dedicada ao exame destes institutos novos. Muitos que escreveram sobre eles dedicaram um esforço, até mesmo comovente, para passar ao largo dos problemas de constitucionalidade que suscitavam.

Assim, descreviam-nos laudatoriamente, antecipando possíveis benesses que deles derivariam para o bom sucesso dos negócios ou para o país, fazendo-o como se tais entidades estivessem justificadas, de direito, pelo mero fato de contribuírem para as ideias preconizadas pelo neoliberalismo, sem que tivessem que manter afinamento com as normas e princípios constitucionais, aos quais, prudentemente, não faziam qualquer referência. Outros, mais ousados, optaram por enfrentar, ao menos em parte, as questões constitucionais, caso em que se envolviam arrojadamente em acrobáticos exercícios exegéticos, às vezes até de modo grotesco, forjicando meios e modos de buscar uma compatibilização entre estas novas figuras e os ditames da Constituição.

IV. Conclusão

12. Esta foi, com raras exceções, a situação da literatura jurídico-administrativa brasileira no último decênio. Apenas algumas vozes isoladas procuraram contrapor-se às inconstitucionalidades aceitas para tornar possível a submissão à onda neoliberal.

Não se pode, entretanto, de modo algum, em sã consciência, dizer que todos os que escreveram para apoiar os novos institutos, ou que simplesmente fizeram vistas grossas para as injuridicidades trazidas, fizeram-no por razões alheias a alguma convicção honesta, desprendida de hipotéticas vantagens econômicas que poderiam profissionalmente captar como fruto de toda transformação havida. O fato de serem expressões ingênuas da submissão ao colonialismo cultural não autorizaria a duvidar de suas sinceridades. Seria incorreto qualificar pejorativamente a generalidade dos que se empenharam em escrever em favor delas na área jurídica, mas também é certo que não se pode deixar de ter presente no espírito, quando menos em alguns casos, a dúvida tão bem-expressa em antiga música de acordo com a qual: "A flor que nasce no mangue e no meio do lodo viceja, pode ser uma flor muito pura, mas também pode ser que não seja! A moça que a gente conhece todo dia rezando na igreja, pode ser que ela seja uma santa, mas também pode ser que não seja!"

Nos últimos três anos começaram a frutificar os esforços para examinar criticamente toda esta pletora de trabalhos jurídicos acríticos, de sorte que, para completar uma avaliação da atual produção jurídica no Direito Administrativo brasileiro, já se pode afirmar que começa a renascer uma análise mais técnica dos institutos recém introduzidos, do mesmo modo em que, pouco a pouco, vão sendo retomados tanto os rumos de uma visão jurídica comprometida com os ideais de defesa dos interesses nacionais como os de solidariedade social que ressumam da Constituição brasileira.

13. Como visto, conquanto agora já encontrem alguma reação, ideias inoculadas por interesses externos tiveram fácil recepção nos múltiplos artigos ou livros a que se aludiu, embora fossem deslocadas em nosso quadro constitucional ou até mesmo avessas a ele. Descabendo imaginar que tais estudos hajam sido, todos, meras expressões de interesses menores, o que, naturalmente só ocorre com uma parte deles, não há como fugir à conclusão de que continuamos a sofrer muito acentuadamente os efeitos alienantes mencionados no introito deste trabalho. Ou seja: o neocolonialismo encontra ambiente muito propício para medrar em nosso meio cultural e, pois, no

seio do Direito Administrativo brasileiro, por termos, ainda, uma mentalidade acentuadamente marcada pela subserviência ideológica, típica do subdesenvolvimento de país que persiste pagando um pesado tributo ao colonialismo.

Ante os recentíssimos acontecimentos internacionais reveladores da profunda crise econômica que pôs em cheque a concepção político-econômica presidente dos ventos neoliberais e que já parece clamar pelo retorno aos bons princípios do Estado Providência e à uma ativa participação do Estado na vida econômico-social, resta apenas indagar como se comportarão, em suas análises de temas jurídicos, os que embarcaram com tanto entusiasmo nestas malogradas crenças. Ao nosso ver, desde sempre podia-se pressentir que não tinham bases reais, e muito menos científicas, e que eram apenas manifestações de ocasionais interesses propiciados por circunstâncias momentâneas, efêmeras, contrastantes com a constante linha progressiva da História.

*ÍNDICE REMISSIVO DE AUTORES**

ADAMS, John Clarke – XX/97
AGUIAR DIAS, José de – XX/83, 92, 104
ALESSI, Renato – I/45 e rodapé 52; II/7 e rodapé 3; VI/12; VII/66, 122, 126 e rodapé 104; VIII/8; X/69; XI/rodapé 9; XIV/2, 12, 24 e rodapé 1; XVI/rodapés 74, 77; XIX/39; XX/3
ALEXY, Robert – I/rodapé 35
ALMEIDA PRADO, Francisco Otávio – V/rodapé 2
AMARAL SANTOS (Ministro) – XVI/63
AMARO CAVALCANTI (Ministro) – XX/83
ANDRADE, Luciano Benévolo de – XII/rodapés 59, 60
ANTÔNIO NEDER (Ministro) – XVI/58 e rodapés 38, 56
ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia – II/22 e rodapé 24
ARAUJO, Edmir Netto – I/63
ARAÚJO, Florivaldo Dutra de – VII/39
ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de – VII/39
ARRUDA CÂMARA, Jacintho de – X/rodapé 45
ATALIBA, Geraldo – I/25, 86; IV/rodapé 39; VI/18, 28, 34, 35; XIV/rodapé 27; XV/6
AUBY, Jean-Marie (e DUCOS-ADER, Robert) – XI/5
AUCOC – I/rodapé 40
AZEVEDO, Noé – XVI/60

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe – VIII/rodapé 1; XV/13; XIX/14
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – I/24, 47 e rodapés 35, 41, 54; III/rodapés 2, 21; IV/rodapés 30, 31, 38; V/rodapé 12; VI/rodapé 28; VII/20 e rodapés 29, 95; IX/rodapés 12, 21; XI/rodapés 4, 31; XII/rodapés 3, 35, 61; XIX/46, 48, 50, 55; XX/rodapés 18, 45
BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha – I/10, 52, 61 e rodapés 2, 8, 13, 18; II/25, 27; III/22 e rodapés 3, 5; IV/13, 86; V/4, 7, 88 e rodapé 1; VI/5, 17, 34, 36; VII/6, 14, 20, 41, 84, 98-A, 99, 99-A, 107, 122, 150, 153, 158, 163, 164 e rodapés 14, 35, 67; VIII/rodapé 12; IX/120; X/13 e rodapé 1; XII/92 e rodapés 13, 58, 59; XVII/18; XX/9, 30, 62, 94, 100
BARBOSA MOREIRA, José Carlos – XVIII/32
BARCELLOS DE MAGALHÃES, Roberto – XVI/58
BAUZÁ, Rolando Pantoja – I/rodapé 23
BATBIE – I/rodapé 40
BATISTA, Joana Paula – XII/53
BAYLE, Gabriel – X/77
BÉNOÎT, Francis-Paul – I/rodapé 2; IV/85; X/25, 26, 52, 65, 66; XII/rodapés 36, 37; XVIII/rodapé 5; XX/28, 97 e rodapé 42
BERTHÉLEMY, Henry – I/rodapé 40
BEVILÁQUA, Clóvis – X/rodapé 46

* Os algarismos romanos indicam o capítulo, os arábicos os itens neles contidos ou, conforme indicado, as notas de rodapé.

BEZNOS, Clóvis – XIV/6; XVI/3
BITTENCOURT, Lúcio – X/58
BLACK, Henry Campbell – II/16; IV/rodapé 46; XX/19
BOFF, LEONARDO – I/rodapé 31
BONAVIDES, Paulo – IV/rodapé 53
BONNARD, Roger – I/rodapé 40; VII/84; XI/rodapé 4; XII/rodapé 30
BORGES, Alice Gonzalez – IV/30; IX/59 e rodapés 9, 10
BRACCI, Mario – VIII/10
BRAIBANT, Guy – XIV/rodapé 25
BRINDEIRO, Geraldo – II/rodapé 24
BUTTGENBACH, André – I/rodapé 40

CAETANO, Marcello – IV/rodapé 4; IX/123 e rodapé 56; X/rodapé 22
CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo – VII/rodapé 20
CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da – XXI/1
CAMBIER, Cyr – I/17; XI/rodapé 4
CAMMEO – VII/69
CAMMAROSANO, Márcio – II/23; V/91
CANOTILHO, J. J. Gomes – II/16; XIX/48
CAPACCIOLI, Enzo – VII/52 e rodapé 49; XVIII/31 e rodapé 4
CARLASSARI, Lorenza – VI/rodapé 1
CARLOS BRITTO (Ministro) – V/18, 68, 72; VII/148; VIII/rodapé 4
CARLOS VELLOSO (Ministro) – XII/rodapé 43; XVI/62 e rodapé 56
CÁRMEN LÚCIA (Ministra) – V/18
CARNELUTTI – I/45; VIII/6
CARRIÓ, Genaro – I/rodapé 35; VII/11; XII/rodapé 63; XIX/27
CARVALHO FILHO, José dos Santos – IV/63; IX/61; XVI/54 e rodapé 76
CASSAGNE, Juan Carlos – VII/85 e rodapés 10, 12, 18
CASTRO MEIRA (Ministro) – XXI/rodapé 6
CAVALCANTI, Themístocles Brandão – III/rodapé 21
CELSO DE MELLO (Ministro) – V/18, 68
CELSUS – XX/19
CERULLI IRELLI, Vincenzo – III/rodapé 20; VII/rodapé 68
CÉSAR PELUSO (Ministro) – V/18
CHAMOUN, Ebert – XVI/60 e rodapés 62, 73
CHAPUS, René – I/rodapés 18, 21, 22; VII/rodapé 54; X/rodapé 51; XI/5; XII/rodapé 14
CHENOT, Bernard – XI/rodapé 24
CHEVALIER, Jacques – I/13
CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos – VII/156; XII/56
CIRNE LIMA, Ruy – I/58, 87; II/11; VI/11 e rodapé 4; XI/rodapé 10; XIV/18, 36 e rodapé 2; XVII/1; XIX/8, 39
CORDEIRO GUERRA (Ministro) – XVI/rodapé 37
COUTO E SILVA, Almiro do – II/63 e rodapé 39
CRETELLA JÚNIOR, José – I/rodapé 69; XI/rodapé 24; XII/92, 93
CUÉLLAR, Leila – IV/rodapés 19, 23
CUNHA JUNIOR, Dirley –I/64
CUNHA PEIXOTO (Ministro) – XX/100

D'ALESSIO, Francesco – III/22; XIV/3
DAL POZZO, AUGUSTO NEVES – X/79
DALLARI, Adílson – V/146; VII/101-A; IX/119, 123 e rodapé 16; XIV/34
_____ (e FERRAZ, Sérgio) – VII/138; VIII/rodapé 1; XV/13, 19
DE SOTO, Jean – XI/5
DÉCIO MIRANDA (Ministro) – XX/100
DEBBASCH, Charles – I/rodapé 18
DELION, André – IV/rodapé 60
DEMÓCRITO REINALDO (Ministro) – XVI/rodapé 38
DEVOLVÉ, Pierre (, MODERNE, Frank, e LAUBADÈRE, André) – X/rodapé 49
_____ (e VEDEL, Georges) – I/rodapé 18; VII/rodapé 54; X/52; XI/5
DICEY, Albert Venn – I/rodapé 23

DIEZ, Manoel Maria – VII/rodapé 68
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – IV/rodapé 51; VII/44 e rodapé 68; IX/rodapé 49; X/53; XI/5, 38; XII/92, 93, 112, 118, 121 e rodapé 59; XVI/58, 62 e rodapé 62; XXI/6
DINIZ, Maria Helena – XXI/rodapé 2
DJACI FALCÃO (Ministro) – XVI/57 e rodapé 57
DROMI, José Roberto – VII/128 e rodapés 9, 18; IX/rodapé 16
DUCOS-ADER, Robert (e AUBY, Jean--Marie) – XI/5
DUCROQ – I/rodapé 40
DUEZ, Paul – IV/85; XX/32
DUGUIT, Léon – I/17, 28, 55-A e rodapés 37, 40, 76; VII/63, 84; XI/27 e rodapés 4, 10; XII/rodapé 14
DWORKIN, Ronald – I/rodapé 35

EISENMANN, Charles – I/rodapé 67
ELLEN GRACIE (Ministra) – V/18, 68
ELOY DA ROCHA (Ministro) – XVI/64 e rodapé 38
EROS GRAU (Ministro) – V/18
ESCOLA, Héctor – VIII/29, 36, 39 e rodapé 8

FALZONE, Guido – II/26, 32; X/76
FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo) – I/41, 42; II/27; III/9; VII/45, 52; VIII/10, 20 e rodapés 7, 24; XII/98; XVIII/26, 29; XX/rodapé 43
FERRAZ, Sérgio – XVI/56 e rodapés 37, 50, 56, 70, 71
_____ (e DALLARI, Adílson) – VII/138; VIII/rodapé 1; XV/13, 19
_____ (e FIGUEIREDO, Lúcia Valle) – X/78
FERREIRA, Daniel – XV/1, 16 e rodapé 6
FERREIRA, Sérgio de Andréa – XII/rodapés 59, 60; XVI/rodapé 36
FIGUEIREDO, Lúcia Valle – II/rodapé 24; V/53; IX/38 e rodapés 40, 48; XI/44; XII/92; XVI/62 e rodapé 36
_____ (e FERRAZ, Sérgio) – X/78
FIGUEIREDO, Marcelo – IV/23; V/rodapé 2
FIORINI, Bartolomé – VIII/6; IX/rodapé 41
FLEINER, Fritz – I/68 e rodapés 61, 67; IV/54; VI/12; XII/16; XIV/rodapé 2; XIX/8; XX/97
FLOGAÏTIS, Spyridon – I/rodapé 23
FONSECA, Tito Prates da – VII/150
FORSTHOFF, Ernst – I/rodapé 61; VI/12; VII/52 e rodapé 31; VIII/13, 14; XIV/13; XX/14, 97, 99
FORTI, Ugo – VII/rodapé 68
FRAGOLA, Umberto – VII/rodapé 16
FREITAS, Juarez – II/26
FREITAS, Ney José de – VII/66

GABARDO, Emerson – XX/103; XXI/12-A
GALATERIA, Luigi e STIPPO, Maximo – III/22
GALBRAITH, John Kenneth – Apêndice/II-6
GALLEGO ANABITARTE, Alfredo – XIV/15 e rodapé 10
GALLI, Rocco – III/rodapé 20; VII/rodapé 68
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón) – I/41, 42; II/27; III/9; VII/45, 52; VIII/10, 20 e rodapés 7, 24; XII/98; XVIII/26, 29; XX/rodapé 43
GARNER, James W. – I/rodapé 23
GARRIDO FALLA, Fernando – I/29 e rodapé 23; XVI/rodapé 77
GASPARINI, Diógenes – XI/5; XII/92; XV/rodapé 14; XVI/rodapés 36, 62, 70; XVII/3, 17, 22
GAUDEMET, Yves – I/rodapé 18; XI/5
GHETTI, Giulio – VII/99-A
GILMAR MENDES (Ministro) – V/18, 53, 80; XVIII/rodapé 9

GOMES, Laurentino – Apêndice/I-3
GOMES, Orlando – III/rodapé 23; XVII/42
GONÇALVES DE OLIVEIRA (Ministro) – XVI/64 e rodapé 56
GONZÁLES PEREZ, Jesús – II/23; VIII/12, 30
GOODNOW, Frank – XX/97
GORDILLO, Agustín – I/rodapé 5; VII/11, 85 e rodapés 4, 8, 9, 12, 34; VIII/39; X/55, 71; XI/rodapé 1; XII/rodapé 63; XIV/6; XVIII/rodapé 4; XIX/5
GRAU, Eros Roberto – IV/rodapé 38; XI/rodapé 31
GRINOVER, Ada Pellegrini – II/22
GROTTI, Dinorá Musetti – II/rodapé 24; XI/1; XII/67, 68
GUICCIARDI – VII/126; XVIII/rodapé 4
GUIMARÃES PEREIRA, César – XII/67

HACHEM, Daniel Wunder – I/50
HARADA, Kioshi – XII/118, 120; Apêndice/III-10
HART, Herbert – XII/rodapé 63; XIX/23
HAURIOU, Maurice – I/rodapé 23; VII/rodapé 54; XII/rodapé 14; XIV/rodapé 24
HEREDÍA, Horacio – I/69
HOSPERS – XII/rodapé 63
HUARD-DELAMARE – I/rodapé 16
HUTCHINSON, Tomás – VII/rodapé 1

IHERING, Rudolf von – I/rodapé 43; II/22

JELLINEK, Walter – XIX/36
JÈZE, Gaston – I/72 e rodapés, 40, 78; VII/84; X/rodapé 3; XI/2, 27 e rodapés 4, 24; XII/rodapés 14, 30
JOAQUIM BARBOSA (Ministro) – V/18, 53
JUSTEN, Mônica Spezia – XI/rodapé 2; XV/13
JUSTEN FILHO, Marçal – IV/30; IX/59, 77, 93, 105 e rodapés 33, 40; X/35

KELSEN, Hans – I/rodapé 2; VI/42; VII/20 e rodapés 23, 105; XI/35

LAFAYETTE PONDÉ – VII/29, 153
LAFERRIÈRE, Édouard – I/rodapé 40; XX/24
LANDI, Guido (e POTENZA, Giuseppe) – X/rodapés 46, 47; XVIII/rodapé 4
LASO, Sayagués – IX/rodapé 16
LAUBADÈRE, André de – I/rodapés 40, 65, 67; VII/84; X/76 e rodapés 3, 4; XI/5; XII/rodapés 14, 36, 37; XVIII/rodapé 5; XIX/24, 45 e rodapé 28; XX/16, 29
_____ (, MODERNE, Frank, e DEVOLVÉ, Pierre) – X/rodapé 49
_____ (, VENEZIA e GAUDEMET) – I/rodapés 18, 21; XI/5
LAZAGABASTER HERRARTE, Iñaki – XIV/rodapé 10
LONG, Marceau – XIV/rodapé 25
LOPES, Gilberto Siqueira – XVI/rodapé 36
LOPES, Serpa – XVI/rodapé 71
LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano – XIV/rodapé 10
LORENZO, Susana – XV/15

MACIEL, Adhemar Ferreira – II/rodapé 24
MAGNITOT, Alban Le Rat de – I/rodapé 16
MALUF, Carlos Alberto Dabus – XVI/58, 60, 62 e rodapés 62, 70, 71
MARCO AURÉLIO (Ministro) – IV/18, 27; V/8, 18, 53, 68; VII/148; XV/13
MARTINS, Ricardo Marcondes – VII/157
MARTINS, Sidney – IX/rodapé 46
MAXIMILIANO, Carlos – II/21; IV/44, 81; VI/rodapé 31; IX/30; XVII/31
MAYER, Otto – I/rodapé 2; XIV/12, 13; Apêndice/I-3
MAZAGÃO, Mário – XX/92
MAZZA, Alexandre – IV/23

MEIRELLES, Hely Lopes – I/60, 88; III/22; IV/rodapé 38; VI/11; VII/99-A, 150; IX/95; X/21, 43, 53, 77 e rodapé 21; XI/5, 38 e rodapé 31; XII/92, 93 e rodapé 59; XIV/rodapé 32; XV/rodapé 14; XVI/rodapé 36; XX/92
MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio – XII/92, 93
MELLO, Vanessa Vieira de – VI/rodapé 22
MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique – V/rodapé 1
MERKEL, Adolf – VIII/5
MIELE, Giovanni – I/rodapé 79
MODERNE, Frank (, DEVOLVÉ, Pierre, e LAUBADÈRE, André) – X/rodapé 49
MONTE ALEGRE, Sérgio – VIII/rodapé 4
MONTEIRO, Vera – IX/rodapé 33
MONTESQUIEU – I/3, 21; VI/9
MOREIRA ALVES (Ministro) – XVI/57 e rodapés 38, 56
MOREIRA, Egon Bockmann – VIII/rodapé 1
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – XII/92 e rodapé 59; XV/rodapé 14
MOTTA, Paulo Roberto Ferreira – IV/22 e rodapé 19
MUKAI, Toshio – IX/rodapé 49

NELSON JOBIM (Ministro) – V/18
NÉRI DA SILVEIRA (Ministro) – V/18
NIEBUHR, Joel de Menezes – IX/rodapé 33
NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz – XVI/58
NOVELLI, Flávio Bauer – VII/22
NUNES LEAL, Víctor – I/62; VII/rodapé 39; XIX/50

OCTÁVIO GALLOTTI (Ministro) – XVI/rodapés 38, 57
OLGUÍN JUAREZ, Hugo – VII/rodapé 72
OLIVEIRA, Régis Fernandes de – VII/180; XV/1 e rodapé 6; XVI/60 e rodapés 36, 70
OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de – XVI/58
OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de – VIII/rodapé 1
OROZIMBO NONATO (Ministro) – XIX/48
OSÓRIO, Fábio Medina – XV/8 e rodapé 6

PÁDUA RIBEIRO (Ministro) – XVI/64
PAREJO ALFONSO, Luciano – XIV/15
PEDRO ACIOLI (ministro) – XVI/60
PÉQUIGNOT, George – X/52 e rodapé 3
PEREIRA, André Gonçalves – VII/50 e rodapés 18, 19, 50; XIX/12, 28, 49
PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres – IX/105 e rodapé 30
PIMENTA BUENO – XX/85
PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto – II/16
PONTES DE MIRANDA – VI/8, 25, 29, 32
POTENZA, Giuseppe (e LANDI, Guido) – X/rodapés 46, 47; XVIII/rodapé 4
PRATT, Julio – VII/85 e rodapé 5
PROSPER, Weil – XIV/rodapé 25

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – I/rodapé 26; II/7, 11, 14 e rodapé 2; VI/12; VII/rodapé 15; XIX/18, 22, 27, 36

RAGGI, Luiggi – III/rodapé 18
REAL, Alberto Ramón – II/18; VII/rodapé 34
REALE, Miguel – III/rodapé 21
REIRIZ, Maria Graciela – XX/97
RICARDO LEWANDOWISKI (Ministro) – V/18, 53
RIBEIRO, Manoel – XVI/60
RIGOLIN, Ivan Barbosa – IX/rodapé 49; XII/93
RIVERO, Jean – I/rodapés 40, 66, 68; II/rodapé 15; IV/rodapé 4; X/26 e rodapés 4, 19; XI/rodapés 4, 24; XII/rodapés 36, 37; XIV/8; XX/34, 97 e rodapé 10

_____ (e WALINE, Jean) – I/rodapés 18, 53, 65, 67; XI/5; XII/rodapé 14
ROBIN DE ANDRADE, José – VII/116
ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da – IV/91; XIII/36, 38
ROHERSSEN, Guglielmo – XVIII/rodapé 7
ROLLAND, Louis – I/rodapé 40; XI/rodapé 4; XIV/22 e rodapés 24, 26
ROMANO – VII/126
ROUSSEAU, Jean-Jacques – I/21 e rodapés 16, 27
ROYO VILLANOVA, Antonio – VIII/6 e rodapé 23

SÁINZ MORENO, Fernando – XIX/36 e rodapé 8
SALAZAR, Alcino – X/63
SALLES, José Carlos de Moraes – XVI/57, 60, 62, 63 e rodapés 36, 70
SALOMONI, Jorge – XII/67; XIV/14
SANDULLI, Aldo – X/rodapé 47
SANTI ROMANO – II/5; III/5; XIV/11, 17
SÃO PAULO – XX/19
SARAIVA, Oscar – III/rodapé 21
SEABRA FAGUNDES, Miguel – I/rodapé 64; V/10; VI/11, 39 e rodapé 5; VII/48, 150, 152, 159 e rodapés 39, 41; VIII/48; XII/16; XVI/60; XIX/8, 46, 53; XX/83, 92, 104
SEPÚLVEDA PERTENCE (Ministro) – V/18
SILVA, Antônio Marcello da – IX/rodapé 41
SILVA, Clarissa Sampaio – VII/148
SIMÕES, Mônica Toscano – VII/148; VIII/rodapé 1
SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto – II/22; IV/107
SOARES MUÑOZ (Ministro) – XVI/rodapé 38
SODRÉ, Eurico – XVI/60 e rodapé 34
SOTTO KLOSS, Eduardo – XX/20, 51
SOUZA, Rui – III/rodapé 21
STASSINOPOULOS, Michel – II/7; VI/12; VII/107 e rodapé 55
STIPPO, Maximo e GALATERIA, Luigi – III/22
SUNDFELD, Carlos Ari – VIII/3, 21 e rodapés 1, 3

TÁCITO, Caio – I/62 e rodapés 60, 70; II/11; VII/46, 50; VIII/rodapé 2; X/22, 25, 59; XII/rodapé 16; XIV/7; XIX/42, 48 e rodapés 24, 25; XX/92
TALAMINI, Daniele Coutinho – VII/133
TERÁN, Juan Manoel – I/rodapé 48

URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo: VII/56-A

VALIM, Rafael – I/77; II/rodapé 22
VALLES, Arnaldo de – VII/rodapé 51
VEDEL, Georges – I/rodapés 40, 65, 66; X/rodapé 4; XI/52 e rodapé 4; XII/rodapés 36, 37; XIV/rodapé 24; XIX/47; XX/24
_____ (e DEVOLVÉ, Pierre) – I/rodapé 18; VII/rodapé 54; X/52; XI/5
VENEZIA, Jean-Claude – I/rodapé 18; XI/5
VIRGA, Pietro – III/rodapé 20; VII/75, 99-A, 104 e rodapés 17, 72; VIII/12, 25
VITTA, Cino – III/rodapé 18; VII/rodapé 9
VITTA, Heraldo García – XV/1, 13, 16, 19 e rodapés 4, 6, 15

WADE, H. R. – XX/97
WALINE, Jean (e RIVERO, Jean) – I/rodapé 18, 53, 65,67; XI/5; XII/rodapé 14
WALINE, Marcel – I/rodapé 38; X/60, 66 e rodapés 4, 5, 20, 23; XII/1 e rodapés 36, 37, 38, 55; XIX/24
WEBER, Yves – VII/99-A
WHITAKER, Firmino – XVI/rodapé 35

XAVIER, Alberto Pinheiro – VIII/rodapé 1

ZANDONADE, Adriana – XVI/75
ZANCANER, Weida – I/77; II/20 e rodapé 22; VII/29, 101-A, 153, 166, 168; IX/152; XII/67; XX/103; XXI/11

ZANOBINI, Guido – VII/27 e rodapés 9, 10, 18, 51; XII/rodapés 12, 15; XVIII/rodapé 4

ZOCKUN, Carolina Zancaner – V/79; VII/99-A; XIII/35

ZOCKUN, Maurício – VII/99-A; X/79; XX/3

dade 7 de Setembro
FA7
Fortaleza
Ceará

*ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO**

ABUSO DE AUTORIDADE: V/3; XVIII/2
AÇÃO CIVIL PÚBLICA: XVIII/41
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: XVIII/42
AÇÃO POPULAR: IV/10, 67; XVIII/40
ACORDO DE LENIÊNCIA: XIII/25
ACUMULAÇÃO DE CARGOS E EMPREGOS
- cargos acumuláveis: IV/57, 90; V/50, 54 e rodapé 30
- teto de remuneração que lhes é aplicável: IV/87; V/34-37, 54, 55

ADMINISTRAÇÃO
- ação punitiva, prescrição: XXI/11
- e legalidade: XIX/8-10
- poderes da: I/15, 17-19, 54; II/5, 6; III/5, 6, 8, 9
- prescrição de ação punitiva: XXI/11
- supremacia especial: XIV/12
- supremacia geral: XIV/12

ADMINISTRAÇÃO CENTRALIZADA E DESCENTRALIZADA: III/1, 11, 16 e rodapé 16
ADMINISTRAÇÃO DIRETA
- composição básica: III/19
- conceito legal: III/16
- e indireta: III/16, 17

ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA
- estrutura básica na União: III/19
- noção genérica: III/16, 17
- nos Estados, Distrito Federal e Municípios: III/15 e rodapé 15

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
- critério legal sistematizador: III/20
- e direta: III/16, 17
- falhas na sistematização legal: III/21
- figuras e entidades paralelas: IV
- na legislação federal: III/16

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
- v. *Princípios da Administração Pública*

ADMISSÃO: VII/99
AFETAÇÃO
- v. *Bens públicos*

AGÊNCIAS EXECUTIVAS
- conceito e previsão normativa: IV/33
- licitação: IV/35
  - inconstitucionalidade da ampliação dos limites de dispensa: IV/35
  - limites de dispensa: IX/rodapé 22
- na reforma administrativa: IV/35
- qualificação como: IV/33

AGÊNCIAS REGULADORAS
- capacidade regulatória: IV/23
- conceito: IV/21-25
- distorção da finalidade: XI/rodapé 20
- e o neoliberalismo: Apêndice/III-9 e 10
- em que consistem: IV/21
- finalidade básica: IV/21
- licitação: IV/28, 29; IX/6, 43
- mandato de seus dirigentes: IV/25, 26 e rodapé 23

* Os algarismos romanos referem o capítulo (acrescentados também nos cabeços, para facilidade de consulta) e os arábicos o tópico dentro do capítulo.

– não são novidades: IV/22
– nomenclatura novidadeira: IV/22
– pessoal temporário: IV/31
– regime de pessoal: IV/18, 20, 21
– regime especial: IV/24-26
AGENTES HONORÍFICOS: V/7
AGENTES POLÍTICOS: V/5
AGENTES PÚBLICOS
– abuso de autoridade: V/3
– conceito: V/1
– espécies: V/4
– improbidade administrativa: V/56, 141; XVIII/2
– interesse da noção: V/3
– notários: V/10
– requisitos para sê-lo: V/2
ÁLEA ADMINISTRATIVA E ÁLEA ECONÔMICA: XII/62 e ss.
ÁLEA ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA: XII/62 e ss.
ALVARÁ: VII/100
AMPLA DEFESA
– v. *Princípio da ampla defesa*
ANTERIORIDADE
– v. *Princípio da anterioridade*
ANULAÇÃO
– dever de efetuá-la perante atos inválidos: VII/165, 166, 168; VIII/67
– e invalidade: VII/139, 164
– prazo para o Poder Público promovê-la: VII/180; XXI/11, 12
APOSENTADORIA: V/62-70 e rodapé 45
– cassação da (dos estatutários): V/131
– contagem do tempo de contribuição: V/65 e ss.
– contagem recíproca de tempo: V/65
– de servidor estatutário que já o era antes da EC 41: V/66 e ss.
– de servidor público: V/62 e ss.
– disposições grosseiramente inconstitucionais: V/68-70
– futura limitação dos proventos (dos estatutários): V/69
– por invalidez: V/62, 63
– proibição de contagem de tempo de contribuição ficto: V/65
– proventos (dos estatutários): V/62, 63
• forma de cálculo: V/64, 65
• revisão: V/65, 74
– requisitos: V/63
– revisão de proventos (dos estatutários): V/74
– tratamentos constitucionais transitórios: V/66, 67
APROVAÇÃO: VII/99
ARBITRAGEM: XII/21, 123
ARBITRARIEDADE: VII/91
ATO ABSTRATO: VII/75, 142
ATO ADMINISTRATIVO
– abstrato: VII/75, 142
– "acertamento": VII/74
– admissão: VII/99
- alvará: VII/100
– ampliativo: VII/65, 80, 136, 173
– anulação: VII/165, 166, 168, 180; VIII/67
• e nulidade: VII/150 e ss.
– anulável: VII/139, 150-155, 160, 171 e ss.
– aprovação: VII/99
– arbitrário: VII/91
– ato-condição: VII/84
– ato-regra: VII/84
- ato subjetivo: VII/84
– atributos: VII/62 e ss.
– autorização: VII/99
– aviso: VII/100
– bilateral: VII/83
– caducidade: VII/107
– cassação: VII/107
– causa: VII/50-52
– circular: VII/100
– classificação: VII/73 e ss.
– colegial: VII/82
– complexo: VII/82
• e procedimento administrativo: VII/104
– conceito: VII/16-18
– concessão: VII/99
– concreto: VII/75, 142
– [*ato*-] condição: VII/84
– confirmação: VII/163

– constitutivo: VII/20, 79
– conteúdo: VII/27
– contraposição: VII/107
– controlador: VII/104
– controle judicial: I/75; II/24; XIX/37 e ss.
– convalidação: VII/161 e ss.; VIII/67
– convalidável: VII/150, 156 e ss.
– conversão: VII/164
– de administração ativa: VII/74
– de administração consultiva: VII/74
– de administração contenciosa: VII/74
– de administração controladora: VII/74
– de administração verificadora: VII/74
– de comunicação: VII/104
– de gestão: VII/85
– de império: VII/85
– decisório: VII/104
– declaratório: VII/79
- decreto: VII/100
– derrubada: VII/107
– desvio de finalidade: v. *Desvio de poder*
– desvio de poder (desvio de finalidade): I/62; II/11; VII/44-49; XIX/46, 47
• em ato jurisdicional: VII/48; XIX/48
• em ato legislativo: VII/48; XIX/48
– direito de resistência contra o ato inválido: VII/175-177
– discricionário: VII/77, 86, 87, 89-98 e rodapé 2; XIX/11 e ss., 50, 51, 58
– e atos da Administração: VII/14, 15
– e atos materiais: VII/14
– e atos privados do Estado: VII/14, 85
– e "coisa julgada administrativa": VII/136 e ss.
– efeitos: VII/21, 22
– eficaz: VII/21-23, 142-145
– elementos: VII/27, 28
– executoriedade: VII/66 e ss.
– exigibilidade: VII/66 e ss.
– existência e validade: VII/rodapé 12
– externo: VII/81
– extinção: VII/105 e ss.
– finalidade: VII/41 e ss.
– forma, formalidade, formalização: VII/28, 53-56
– geral: VII/76
– homologação: VII/99
– imperatividade: VII/66, 69
– implícito: VII/58
– indenização em razão de invalidação: VII/174
– individual: VII/76
– inexistente: VII/139, 150, 153, 169, 172, 177, 178 e rodapé 25
– instrução: VII/100
– instrutório: VII/104
– interno: VII/81
– invalidação: VII/107, 174 e rodapé 105
• caráter constitutivo: VII/20 e rodapé 105
• efeitos: VII/149
• forma da invalidação: VII/148
• fundamento: VII/146
• motivo: VII/147
– invalidade: VII/139 e ss.
• classificação que adotamos: VII/153
• classificação segundo a doutrina pátria: VII/150 e ss.
– inválido, regime: VII/172-181
– irregular: VII/55, 56, 139, 150, 153, 154
– irrevogável: VII/132
– licença: VII/99
– mera retirada: VII/108
– mérito: XIX/15, 17
– motivação: I/65; II/17, 18; VII/38-42, 54; VIII/57
• consequências de sua falta: VII/40-42
• nas leis federal e paulista de processo administrativo: VII/41
• nas sanções: XV/14
• obrigatoriedade: VII/41
– motivo: I/55-A; VII/32-36
• e motivação: VII/38

• e motivo legal: VII/33
• e móvel: VII/36, 37
– motivos, controle judicial: XIX/41 e ss.
– motivos determinantes: VII/32, 42
– móvel: VII/36, 37
– negocial: VII/78
– nulo: VII/139, 150-153, 155, 156, 170, 173, 178
• e anulável: VII/139 e ss., 150 e ss., 160, 178
– objeto: VII/29
– ofício: VII/100
– omissão: VII/57 e ss.
- ordem de serviço: VII/100
– ordinatório: VII/104
- parecer: VII/100
– perfeito: VII/19, 23
– permissão: VII/99
– pertinência à função administrativa: VII/30
– portaria: VII/100
– prescrição da possibilidade de invalidá-lo: VII/179-181
– pressupostos: VII/29 e ss.
– presunção de legitimidade: VII/66, 69
– proporcionalidade: I/64; II/15, 16; VII/52; VIII/58
– propulsivo: VII/104
– puro ou mero: VII/78
– ratificação: VII/163
– razoabilidade: I/63; II/13, 14; VII/52; XIX/14-16
– [*ato*-] regra: VII/84
– renúncia: VII/107
– requisitos: VII/24 e ss.
– resolução: VII/100
– restritivo: VII/80
– retirada: VII/107
– revogação: VII/107 e ss.; VIII/67
– revogável: VII/132
– saneamento: VII/163
– sentido amplo: VII/16, 17
– sentido restrito: VII/17
– silêncio: VII/57 e ss.
– simples: VII/82
– singular: VII/82
– subjetivo: VII/84
– subordinado à autorização do Congresso: XVIII/12
– subordinado à autorização ou aprovação do Senado: XVIII/13
– sujeito do: VII/31
– sustação pelo Congresso: XVIII/9
– tácito: VII/58, 59 e rodapé 50
• interno e externo: VII/rodapé 50
– técnico: VII/98-A
– terminologia: VII/99
– unilateral: VII/83
– validade: VII/rodapé 12
– válido: VII/20, 23
– vinculado: VII/77, 86 e ss.
– vontade do agente: VII/37
ATO ANULÁVEL: VII/139, 150-155, 160, 171 e ss.
– confirmação: VII/163
– convalidação: VII/161 e ss.
– direito de resistir: VII/175-177
– efeitos: VII/172
– prescrição: VII/180, 181
– regime: VII/172
ATO INEXISTENTE: VII/139, 150, 153, 169, 172, 177, 178 e rodapé 25
– direito de resistência: VII/177
– imprescritibilidade: VII/178
– regime distinto em relação a ato nulo e ato anulável: VII/178-181
ATO JURÍDICO E FATO JURÍDICO
– distinção: VII/4
• interesse: VII/5
ATO NULO: VII/139, 150-153, 155, 156, 170-173, 178
– conversão: VII/164
– direito de resistir: VII/175-177
– efeitos: VII/172
– prescrição: VII/180, 181
– regime: VII/172
ATO NULO E ATO ANULÁVEL: VII/139 e ss., 150 e ss., 160, 178
– aspectos de identidade de regime: VII/178, 179
– diversidade de regime com o ato inexistente: VII/178

– diversidade de regimes entre si: VII/180
– posições da doutrina: VII/150 e ss.
– prescritibilidade: VII/180, 181
ATO POLÍTICO: VII/14
AUTARQUIA
– ação popular: IV/10
– agências executivas: IV/33-35, 91, 101; IX/rodapé 22
  • agências reguladoras: IV/18, 20-32, 91
  • especiais ou sob regime especial, conceito: IV/19, 20
– atos administrativos: IV/12
– bens públicos: IV/15
– conceito: IV/2
– conceito legal: IV/2
– contratos administrativos: IV/12
– controle: IV/7-10
  • conceito: IV/7
  • de legitimidade: IV/8
  • de mérito: IV/8
  • distinção de hierarquia: III/15
  • pelo Tribunal de Contas: IV/9
  • preventivo: IV/8
  • repressivo: IV/8
  • tipos: IV/8
– criação: IV/6
– dever de licitar: IV/12
– extinção: IV/6
– finanças: IV/17
– imunidade a impostos: IV/16
– mandato de dirigentes: IV/19
– prescrição de seus débitos: IV/14
– recurso hierárquico: IV/7
  • impróprio: IV/7
– regime de pessoal: IV/18
– responsabilidade: IV/3, 13
  • do Estado: IV/13
– sob regime especial: IV/19, 20, 24, 25
– supervisão ministerial: IV/7
– tutela: IV/6-8
  • extraordinária: IV/8
  • ordinária: IV/8
AUTORIDADE
– abuso de: V/3; XVIII/2
– conceito, para fins de incursão em abuso de: XVIII/2
AUTORIZAÇÃO: VII/99
AUXÍLIOS E SUBVENÇÕES: XIII/36, 37
AVISO: VII/100

BENS PÚBLICOS
– afetação: XVII/3
– aforamento: XVII/42
– águas correntes: XVII/8, 9
– águas dormentes: XVII/8, 9
– águas públicas: XVII/8
  • de uso comum: XVII/7, 8
  • dominicais: XVII/8
– alienação: XVII/4, 23
– alienação de área superior a 2.500ha: XVII/4, 28-A
– autorização de uso: XVII/30-34
– autorização de uso especial: XVII/41
– cavidades subterrâneas: XVII/21
– conceito: XVII/1
– concessão de direito real de uso: XVII/38, 39
– concessão de uso: XVII/36
– concessão de uso especial para moradia: XVII/40
– de uso comum: XVII/2
– de uso especial: XVII/2
– desafetação: XVII/3
– do domínio hídrico: XVII/5, 6 e ss.
– do domínio terrestre: XVII/5, 12
  • domínio do solo: XVII/5, 13-20
  • domínio do subsolo: XVII/5, 21
– dominicais: XVII/2
– domínio público: XVII/1
– enfiteuse: XVII/42
– faixas de fronteira: XVII/16
– formas de aquisição: XVII/22, 23
– ilhas: XVII/20
– impenhorabilidade: XVII/4
– imprescritibilidade: XVII/4
– inalienabilidade: XVII/4
– jazidas minerais: XVII/21
– lagos e lagoas: XVII/8, 10
  • estaduais: XVII/10
  • federais: XVII/10

– mar territorial: XVII/7
– obras públicas de loteamento: XVII/22 e rodapé 11
– permissão de uso: XVII/32, 33
– potenciais de energia hidráulica: XVII/11
– praias: XVII/17
– propriedade das terras devolutas: XVII/16
– regime jurídico: XVII/4
– rios estaduais: XVII/9
– rios federais: XVII/9
– rios públicos: XVII/9
– sítios arqueológicos: XVII/12
– terras devolutas: XVII/13-17
• conceito: XVII/13, 14
• propriedade: XVII/16
– terras indígenas: XVII/12
– terrenos acrescidos: XVII/19
– terrenos de marinha: XVII/17
– terrenos marginais: XVII/18
– terrenos reservados: XVII/18
– terrenos ribeirinhos: XVII/18
– usucapião: XVII/4 e rodapé 4
– utilização: XVII/24 e ss.
• bens de uso comum: XVII/25-34
• bens de uso especial: XVII/35, 36
• bens dominicais: XVII/37-42

CADE: XIII/17-25
– acordo de leniência: XIII/25
– compromisso de cessação de prática: XIII/22
– compromisso de desempenho: XIII/21
– infrações à ordem econômica: XIII/21, 22
– medidas preventivas: XIII/22
– organização e funções: XIII/18 e ss.
– penas e sanções: XIII/23, 24
CARGOS PÚBLICOS
– acessibilidade: V/44 e rodapé 25
– acumulação: V/54, 55 e rodapés 30, 31
– aproveitamento: V/99
– classe, conceito: V/77
– classificação: V/77, 78
– conceito: V/12
– criação: V/12, 75 e rodapés 8, 23
• cargos auxiliares no Legislativo: V/rodapés 8, 23
• exigência de lei: V/42, 76
– de carreira: V/77
– declaração de desnecessidade: V/61, 76
– demissão: V/83
– efetivos: V/78, 80
– em comissão: V/44, 78, 79 e rodapé 26
– exercício: V/91
– exoneração: V/83
– extinção: V/76, 99
• excepcional, para limitação de despesas: V/25
– isolado: V/77
– lotação: V/85
– nomeação: V/89-91
• sem concurso: V/rodapé 26
– posse: V/91
– promoção: V/93, 94
• horizontal: V/rodapé 42
– provimento: V/86
• derivado: V/92 e ss.
• formas de: V/86-101
• inicial ou originário: V/89
– quadro: V/77
– readaptação: V/96
– recondução: V/101
– redistribuição: V/85
– regime de cargos como o normal no serviço público: V/11 e ss.
– reintegração: V/100
– relotação: V/85
– remuneração: V/31 e ss.
• por subsídio: V/32, 33
• teto: V/34-36
– reversão: V/98
– teto de remuneração: V/34-36
– vitalícios: V/78, 84
"CARONA": IX/69
CARTÓRIOS: V/10, "e"
CENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: III/1, 11, 16 e rodapé 16
CERTIDÕES E CÓPIAS REPROGRÁFICAS: II/20
CIDADÃO

– denunciação de irregularidades ao Tribunal de Contas: XVIII/22
– queixas ao Legislativo contra autoridades: XVIII/10
– representação contra abuso de autoridade: XVIII/2, 22, 24
CIRCULAR: VII/100
CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: X/52-*c*, 58, 59
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: XII/68
COISA JULGADA ADMINISTRATIVA: I/5, 9; VII/74, 80, 136 e ss., 173
– conceito: VII/136
– fundamento: VII/138
– quando ocorre: VII/137
COMPETÊNCIAS
– avocação: III/9 e rodapé 9; VIII/55
– caráter instrumental: III/6
– conceito: III/8
– delegação: III/9 e rodapé 9; VIII/55
– e órgãos públicos: III/2
– exercício obrigatório: III/9
– imodificabilidade pelo titular: III/9
– imprescritibilidade: III/9
– *in concreto*: III/9
– intransferibilidade: III/9
– irrenunciabilidade: III/9 e rodapé 9
– limites: III/7, 9
– noções gerais: III/5-7
CONCEITO JURÍDICO
– em que consiste: VII/7-12
– funcionalidade: VII/11, 12
– historicidade: VII/10
CONCEITO JURÍDICO-POSITIVO: I/48 e rodapé 48
CONCEITO LÓGICO-JURÍDICO: I/48 e rodapé 48
CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS (ou PRÁTICOS, ou FLUIDOS ou IMPRECISOS)
– controle jurisdicional: II/36; XIX/34-38
– exemplos: XIX/23
– imprecisão: XIX/19, 27
– limites: XIX/35-38
CONCESSÃO: VII/99
– Código de Defesa do Consumidor: XII/68
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
– álea administrativa: XII/62, 63
– álea econômica: XII/62, 63
– álea extraordinária: XII/62
– álea ordinária: XII/62-64
– alteração unilateral das cláusulas regulamentares: XII/43, 44, 52
– amortização de capital: XII/79-81
– anulação: XII/73
– arbitragem: XII/21, 123
– atuação do concessionário "em nome próprio": XII/rodapé 1
– caducidade ou decadência: XII/71-73, 81
– cláusulas regulamentares, alteração unilateral: XII/43, 44, 52
– composição patrimonial no encerramento: XII/81
– conceito: XII/1
– concessionário, atuação "em nome próprio": XII/rodapé 1
– critério de julgamento inaceitável: XII/22
– danos a terceiros causados em razão do serviço, responsabilidade: XII/82-86
– decadência ou caducidade: XII/71-73, 81
– definições legais, impropriedade: XII/8-11
– delegação: XII/8 e rodapé 8
– desapropriação: XII/74-76
– direitos do concessionário: XII/51
– direitos dos usuários: XII/67
– e concessão de obra pública: XII/9, 10
– e concessão de uso de bem público: XII/11 e rodapé 10
– e contrato administrativo de prestação de serviços, distinção: XII/rodapé 4
– e exclusividade: XII/18 e rodapé 29
– e licitação: XII/5, 19-34 e rodapé 5
– encampação ou resgate: XII/70, 71, 81

– encerramento, composição patrimonial: XII/81
– energia elétrica: XII/5 e rodapés 7, 8, 10, 17, 24
– equilíbrio econômico-financeiro: XII/1, 36, 52, 55, 60-66, 79 e rodapés 13, 15, 16
– expiração do prazo: XII/69, 81
– exploração do serviço como forma de remuneração: XII/2-4, 9
– extinção: XII/69-76
  • antes de findo o prazo: XII/36, 69 e rodapé 25
  • formas: XII/69-76
– extinção da empresa concessionária: XII/73
– falência do concessionário: XII/73
– fato do príncipe: XII/63 e rodapé 37
– finalidades: XII/14
– fiscalização: XII/41, 42
– fontes paralelas de receita do concessionário: XII/59
– forma e condições da outorga: XII/16-18
– imprevisão, teoria da: XII/63, 64 e rodapé 38
– inadimplência do concessionário, sanções: XII/49, 50
– inspeção: XII/41, 42
– intervenção do concedente na concessionária: XII/47, 48
– lei de concessões, situações transitórias: XII/100
– licitação da: IX/6; XII/19-29
– modicidade das tarifas ou das taxas: XI/5
– morte do concessionário, empresa individual: XII/73
– na Constituição e as leis editadas para cumpri-la: XII/5-7
– não precedida de obra pública: XII/7-10
– natureza dos serviços suscetíveis de serem concedidos: XII/12 e rodapé 11
– natureza jurídica: XII/13-15 e rodapé 13
– outorga: XII/rodapé 8
  • forma e condições: XII/16-18
– parceria público-privada: XII/101 e ss.
– poderes do concedente: XII/39-50
– prazo: XII/35-38
  • prorrogação: XII/35-38
– precedida de obra pública: XII/7-10
– produtor independente: XII/11 e rodapé 10
– receita do concessionário, fontes paralelas: XII/59
– regime de exclusividade: XII/18 e rodapé 29
– remuneração: XII/2-4, 52-66
– rescisão consensual: XII/68, 69
– rescisão judicial: XII/68, 69
– resgate ou encampação: XII/70, 71, 81
– responsabilidade por danos a terceiros causados em razão do serviço: XII/82-86
– reversão dos bens: XII/77-80
– serviço postal, inconstitucionalidade de concessão: XII/12
– serviços suscetíveis de serem concedidos, natureza: XII/12 e rodapé 11
– situações transitórias na lei de concessões: XII/100
– subconcessão: XII/31-34
– sujeições imprevistas: X/31, 44, 52-*d*
– tarifas: XII/53-58, 64
  • v. tb., neste verbete: "remuneração"
– teoria da imprevisão: XII/63, 64 e rodapé 38
– teoria do fato do príncipe: XII/63 e rodapé 37
– transferência: XII/31-34
– transferência do controle acionário da concessionária: XII/31-34
CONCESSIONÁRIOS: V/10
CONCURSO PÚBLICO: V/44 e ss.
– casos em que não é exigido: V/rodapé 26
– contratação excepcional sem: V/52
– distinção de idade ou sexo: V/46
– distinção entre brasileiros natos e naturalizados: V/45 e rodapé 27

– exames psicotécnicos: V/47 e rodapé 28
– impessoalidade: V/47
– nas estatais: IV/88; V/49
– nomeação sem: V/52
– perfil psicológico: V/47 e rodapé 28
– prazo de validade: V/48
– requisito de idade: V/46
– requisito de sexo: V/46
– sua violação pela Lei 8.112/1990: V/ rodapé 5
CONFISCO: XVI/3
CONFLITO DE INTERESSES: XVIII/2
CONSÓRCIOS: X/80-83
CONSULTA: IV/30; IX/6, 43, 64-A
CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO
– v. *Princípios da continuidade do serviço público*
CONTRATAÇÃO DE PESSOAL
– sem concurso público: V/52
CONTRATADOS POR LOCAÇÃO CIVIL: V/10
CONTRATO
– de gestão, v. *Contrato de gestão*
– noção: X/1
CONTRATO ADMINISTRATIVO
– alteração consensual: X/31
– alteração unilateral: X/5, 29, 30, 52-*a*
– alterações provenientes da EC 19/98: IV/76
– características: X/5, 6, 10, 25-28
– casos de rescisão: X/32, 33
– caução: X/37
– classificação: X/32
– cláusula *rebus sic stantibus*: X/52-*c*, 58, 59
– cláusulas exorbitantes: X/10-12
– cláusulas obrigatórias: X/37
– cláusulas regulamentares: X/17
– competência para legislar sobre ele: X/29
– conceito: X/20
– convênios e consórcios: X/80-82
– correção monetária: X/39, 40
• distinção de reajuste: X/52
– de atividade continuada: X/32
– de escopo: X/32
– de gestão, v. *Contrato de gestão*
– de programa: IV/nota de rodapé 60; IX/28; X/82
– de rateio: X/82
– direito de contratar, suspensão: IX/83
– duração: X/35
– e contrato de Direito Privado da Administração: X/2-7
– e interesses do contratado: X/25-28
– e princípio da boa-fé: X/55-57
– e princípio da continuidade do serviço público: X/34
– e quase contratos: X/74 e ss. (v. tb. *Quase contratos*)
– eficácia: X/38
– empreitadas, tipos: XI/38
– equilíbrio econômico-financeiro: X/29, 48 e ss.
• âmbito de proteção: X/52
– *exceptio non adimpleti contractus*: X/34
– extinção dos contratos de atividade continuada: X/32
– extinção dos contratos de escopo: X/32
– extinção unilateral: X/5, 25, 29, 32, 33
– fato da Administração: X/52-*a*, 53
– fato do príncipe: X/44, 52-*b*; XII/63 e rodapé 37
– formalidades: X/37
– imprevisão: X/44, 52-*c*, 60-65
– índices oficiais de reajuste: X/69, 70
– inexistente, efeitos: X/73
– invalidação: X/33
– inválido, efeitos: X/73
– limites de alteração: X/30, 31
– lógica do: X/27, 28
– no Direito francês: X/8-12
– originalidade: X/22-24
– pagamentos
• ao contratado: X/39-45
• atrasos: X/40, 41, 52-*e*

• prazos: X/39
– poder de alteração unilateral: X/52-*a*
– poderes do contratante público: X/10
– prazo: X/35
– preços
• em moeda estrangeira: X/39
• reajuste: X/42, 44, 66-72
• recomposição: X/43, 44
• revisão: X/44
– prerrogativas da Administração: X/5-7, 10, 25, 26, 28, 30, 32
– questionamento da expressão: X/13-18
– reajuste de preços: X/42, 44, 66-72
• índices oficiais: X/69, 70
– recomposição de preços: X/43, 44
– Regime Diferenciado de Contratação Pública: X/79
– rescisão unilateral: X/32
– revisão de preços: X/44
– seguro: X/37
– sujeições imprevistas: X/31, 44, 52-*d*
– supressão de obras ou serviços: X/31
– suspensão do direito de contratar: IX/83
– sustação
• pelo Congresso: XVIII/21
• pelo Tribunal de Contas: XVIII/21
– teoria da imprevisão: v. *Teoria da imprevisão*
– teoria do fato do príncipe: v. *Fato do príncipe*
– verbal: X/37
– violação pelo contratante: X/52-*e*
CONTRATOS DE GESTÃO: IV/91-104
– arremedo de contrato: IV/34, 94
– atual inviabilidade jurídica: IV/93-99
– com entidades governamentais, conceito: IV/34
– com organizações sociais, conceito: IV/92
– com órgão público, inviabilidade absoluta: IV/103 e rodapé 63
– conceito genérico, inexistência: IV/91, 92
– definição legal: IV/94
– e o neoliberalismo: Apêndice/III-9 e 10
– entre o Estado e a Administração indireta: IV/94
– entre órgãos, visceral impossibilidade jurídica: IV/102, 103
– espécies distintas: IV/92
– impossibilidade jurídica ou invalidade: IV/95-99, 101
– origem: IV/93
– viabilidade futura: IV/102
CONTRATOS DE PROGRAMA: IV/nota de rodapé 60; IX/28; X/82
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: V/68 e ss.
– cobrança dos já aposentados e pensionistas, inconstitucionalidade: V/70, 150
– dispensa transitória: V/69
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
– externo, tipos: XVIII/7
– financeiro, normas gerais: XVIII/4
– interno
• abrangência: XVIII/3
• finalidades: XVIII/3
– interno e externo: XVIII/1
– jurisdicional: v. *Controle jurisdicional da Administração*
– parlamentar: v. *Controle parlamentar direto*
– pelo Tribunal de Contas: XVIII/16 e ss.
– suscitado pelo cidadão ou entidade civil: XVIII/2, 22, 34
CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
– v. *Princípios do controle judicial dos atos administrativos*
CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO: I/75; II/24; XVIII/24 e ss.; XIX/1, 2
– panorama: XVIII/34-42
CONTROLE PARLAMENTAR DIRETO: XVIII/8
– atos administrativos dependentes do Congresso: XVIII/12, 13

– atos administrativos dependentes do Senado: XVIII/12, 13
– Comissão Parlamentar de Inquérito: XVIII/11
– convocação de autoridades ou pessoa para depor: XVIII/10
– convocação de Ministros: XVIII/10
– *impeachment*: XVIII/15
– julgamento das contas do Presidente: XVIII/14
– recebimento de queixas e petições: XVIII/10
– sanção para Ministro recalcitrante: XVIII/10
– suspensão e destituição do Presidente e Ministros: XVIII/15
– sustação de atos e contratos: XVIII/9
CONVALIDAÇÃO: VII/156, 157, 161-168, 178-180
– conceito: VII/161
– dever de efetuá-la: VII/165-168; VIII/67
– e estabilidade das relações jurídicas: VII/159
– limites: VII/166
– noção: VII/157
– poder ou dever?: VII/165-168
CONVÊNIOS: X/80, 82, 83
COOPERATIVAS
– definição legal: IX/rodapé 14
CORREÇÃO MONETÁRIA: X/40
CREDENCIAMENTO: VII/101-A; IX/30
CRÉDITOS CONTRA O PODER PÚBLICO: IV/15; XVII/4-*b*
CRIME DE RESPONSABILIDADE
– de Ministro de Estado: XVIII/10, 15
– do Presidente: XVIII/15

DECADÊNCIA
– distinção de prescrição: XXI/2
– do direito da Administração de agir: XXI/11, 12
– noção: XXI/1
– prazo decadencial: XXI/11
DECRETO: VI/3, 6, 7, 14, 29
DELEGADOS DE FUNÇÃO PÚBLICA: V/10
DENÚNCIA
– conceito: III/10
– obrigatoriedade de atendimento, se procedente: XXI/6
– recurso intempestivo tem efeitos de denúncia: XXI/6
DESAFETAÇÃO
– v. *Bens públicos*
DESAPROPRIAÇÃO
– beneficiários possíveis: XVI/21, 22
– bens de autarquias: XVI/19
– bens públicos: XVI/19
– competência para declarar utilidade pública ou interesse social: XVI/16, 25, 26
– competência para efetivá-la: XVI/17, 20
– competência para legislar: XVI/15
– conceito à luz do Direito Positivo brasileiro: XVI/1, 2
– conceito teórico: XVI/1
– controle jurisdicional, extensão: XVI/34, 50 e ss.
– correção monetária: XVI/41
– declaração de interesse social, prazo de caducidade: XVI/31-33
– declaração de urgência: XVI/35
– declaração de utilidade pública: XVI/25
  • benfeitorias: XVI/30
  • e direito de edificar: XVI/29
  • efeitos: XVI/28, 29
  • prazo de caducidade: XVI/31, 32
  • prazo de validade: XVI/31, 32
  • renovação: XVI/33
  • requisitos: XVI/27
– desistência: XVI/47
– diferenças da requisição: XVI/67
– direitos pessoais de terceiros: XVI/9
– direitos reais de terceiros: XVI/9
– discricionariedade: XVI/53
– e direito de preferência: XVI/56, 62
  • perdas e danos por violação do: XVI/63
  • prescrição da ação pessoal: XVI/62
  • quando nasce: XVI/60
  • transmissibilidade: XVI/64

– e requisição: XVI/67
– em favor de pessoa de Direito Privado: XVI/21, 22
– extrajudicial: XVI/24
– fases: XVI/23, 24
– fins urbanísticos: XVI/48, 66
– forma originária de aquisição de propriedade: XVI/7-9
– fundamentos: XVI/5
– fundo de comércio: XVI/44
– imissão provisória de posse: XVI/34 e ss.
  • e direito de penetrar no bem: XVI/38
  • valor do depósito para obtê-la: XVI /36, 37
– indenização: XVI/4, 39
  • benfeitorias: XVI/30
  • cômputo de outras despesas do expropriado: XVI/42
  • correção monetária: XVI/41
  • honorários advocatícios: XVI/40, 42, 43
  • juros compensatórios: XVI/40
  • juros moratórios: XVI/40
  • perdas e danos por violação do direito de preferência: XVI/63
– indireta: XVI/49
– interesse social: XVI/13
  • e utilidade pública, diferenças: XVI/14
– judicial: XVI/24
– juros compensatórios e moratórios: XVI/40
– justa indenização: XVI/39 e ss.
– momento em que se consuma: XVI/46, 47
– não utilização pública do bem desapropriado: XVI/54 e ss.
– necessidade pública: XVI/12
– no "Polígono das Secas": XVI/6
– objeto: XVI/18-20
– por zona: XVI/48
– reforma agrária: XVI/3-5
– requisitos: XVI/10
– retrocessão: v. *Retrocessão*
– sem aquisição do bem expropriado: XVI/rodapé 5
– taxatividade das hipóteses em que é cabível: XVI/11
– tipos: XVI/3, 4
– tombamento: XVI/75
– tredestinação: XVI/54
– ulterior desafetação do bem: XVI/65
– urgência, alegação inverídica: XVI/35
– utilidade pública: XVI/12
  • e interesse social, diferenças: XVI/14
– utilização do bem em finalidade pública diversa da que a suscitou: XVI/59
DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: III/1, 11, 16
– distinção de desconcentração: III/14
– na legislação federal: III/21
DESCONCENTRAÇÃO
– conceito: III/12
– por grau ou hierarquia: III/12
– por matéria: III/12
– territorial: III/12
DESPESAS COM PESSOAL
– limites: V/25-31
– redução: V/25 e ss.
– superação, consequências: V/25, 26
DESVIO DE PODER: II/11; VII/45-49; XIX/46-48
– em ato jurisdicional: VII/48; XIX/48
– em ato legislativo: VII/48; XIX/48
DEVER-PODER: I/54; II/5, 6
DEVIDO PROCESSO LEGAL
– v. *Princípio do devido processo legal*
DIREITO À INFORMAÇÃO: II/20
DIREITO ADMINISTRATIVO
– bases ideológicas: I/21, 22
– como direito adjetivo: I/rodapé 13
– conceito: I/1
– concepção autoritária: I/15, 16, 18 e rodapé 39
– concepção defensiva do administrado: I/17, 18
– critérios: I/rodapé 40
– e *common law*: I/rodapé 23
– e Estado Social de Direito: I/22, 23 e rodapé 28

– e o neoliberalismo: Apêndice/III-9 e 10
– e privatização: XI/rodapé 5
– na Inglaterra: I/rodapé 23
– objeto de estudo: I/11
– rejeição na Inglaterra: I/rodapé 23
– v. tb. *Princípios do Direito Administrativo*
DIREITO DE PETIÇÃO: III/10
DIREITO E LINGUAGEM: XI/35
DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: Parte I
DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO: I/38-42; XVIII/25-29
– e interesse legítimo: XVIII/30-32 e rodapé 4
– legitimação do administrado: XVIII/25 e ss.
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: II/14; VII/86 e ss.
– atos discricionários: VII/5, 14, 61, 77, 78, 86, 87, 92, 165, 166, 168 e rodapés 2, 35
– como competência intralegal: XIX/11, 12
– como dever de adotar a melhor solução: VII/98; XIX/13, 20
– conceito: VII/90; XIX/31
– controle judicial: VII/98; XIX/1, 14-16, 37, 38, 41-62
– e a estrutura da norma: XIX/21-30
– e arbitrariedade: VII/91
– e desvio de poder: I/62; VII/46-49; XIX/46-48
– e indeterminação legal: VII/95, 96; XIX/35-38
– e motivos do ato: XIX/34-38, 41-45
– e vinculação: I/61; VII/86; XIX/11-16
– fundamentos: XIX/13, 18-20
– limites: XIX/32 e ss.
– na finalidade da norma: XIX/25, 26, 34-40
– no caso concreto: XIX/14, 58
– no mandamento da norma: XIX/22-24
– no plano da norma: XIX/14
– quanto à forma do ato: XIX/30
– quanto ao momento do ato: VII/93; XIX/30
– relatividade da noção: XIX/52-56
DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA: VII/98-A
DISPONIBILIDADE
– cassação da (do servidor estatutário): V/131
– colocação de servidor em: V/51

EC 19/1998 ("Emendão")
– estabilidade dos titulares de cargo: V/60
– exoneração de estáveis: V/26, 27
– licitação nas estatais: IV/76-83
– redução de cargos: V/25
EC 20/1998
– aposentadoria: V/66
EC 41/2003
– remuneração dos atuais servidores: V/37, 66, 142 e ss.
– remuneração dos servidores: V/34 e ss.
EC 47/2005: V/34
EFICIÊNCIA
– v. *Princípio da eficiência*
EMENDA CONSTITUCIONAL
– diferenças em relação ao poder constituinte, limitações: V/143
– impropriedade da designação poder constituinte "derivado": V/145
– limitações materiais e formais explícitas e implícitas: V/143 e ss.
EMPREGOS PÚBLICOS
– acessibilidade: V/44
– admissão e dispensa nas estatais: V/49-51
– conceito: V/14
– concurso público, obrigatoriedade: V/44
– criação nas estatais de direito privado: IV/87
– criação por lei nas entidades de Direito Público: V/14
– excepcionalidade nas pessoas de Direito Público: V/19-22
EMPRESAS ESTATAIS
– ação popular: IV/67

– acumulação de cargo ou emprego: IV/57, 90; V/50, 54
– admissão de pessoal: IV/57, 87, 88; V/49-51
– agentes delas: IV/87-89; V/34
– atos de autoridade: IV/74
– bens: IV/63
– clandestinas: IV/62
– conceito: IV/40
– conceito legal
  • impropriedade: IV/41-44
– concessionárias de serviço público: IV/56
– concurso público para admissão de pessoal: IV/57, 88; V/44 e ss.
– contratos: IV/69-75
– controle: IV/66
  • pelo Tribunal de Contas: IV/67
– criação
  • de empregos: IV/87
  • por lei: IV/60, 61
  • sem lei: IV/62
– desmandos: IV/52
– dever de licitar: IV/69-83; IX/16, 17
– diferenças com empresas privadas: IV/50-54, 57
– diferenças entre empresas públicas e sociedades de economia mista: IV/48, 49
– dispensa de pessoal: IV/88, 89; V/49-51
– dispositivos constitucionais: IV/57
– e concessão de serviço público: IV/56
– empregados: IV/87-89
– espécies: IV/55
– exploradoras de atividade econômica: IV/55, 61, 64, 68-72, 76-83
– extinção: IV/63, 64
– falência: IV/63, 64
– Justiça competente: IV/42, 49-*c*, 87
– licitação: IV/69-83
  • ampliação dos limites de dispensa: IX/rodapé 22
  • e contratos, alterações na EC 19/98: IV/76-83
  • nas exploradoras de atividade econômica: IV/69-73
  • nas prestadoras de serviço público ou qualquer outra atividade pública: IV/74-83
– mandado de segurança contra: IV/74; V/3
– natureza essencial: IV/50-54
– normas constitucionais que as distinguem de empresas privadas: IV/57
– pessoal, teto de remuneração: IV/87; V/34
– prestadoras de serviço público: IV/55, 56, 65, 74-83
– princípio da moralidade administrativa: IV/80
– promotoras de obras públicas: IV/55, 75
– regime tributário: IV/84
– remuneração de seu pessoal, teto: IV/87; V/34
– responsabilidade
  • perante terceiros: IV/85
  • subsidiária do Estado: IV/65, 85
– teto de remuneração do pessoal: IV/87; V/34
– tributação: IV/69, 84

EMPRESAS PÚBLICAS
– v. *Empresas estatais*

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA
– conceito: X/75
– Direito francês: X/77
– Direito italiano: X/76
– e responsabilidade do Estado: X/78
– requisitos: X/77

ENTES PARAESTATAIS: III/22

ESTABILIDADE: V/60
– supressão para cortar despesas: V/25, 60, 150

ESTADO DE DEFESA: II/37

ESTADO DE SÍTIO: II/38

ESTADO SOCIAL DE DIREITO: I/22, 23; Apêndice/II-7
– e globalização: I/23 e rodapé 32; Apêndice/II-5 e 7
– e neoliberalismo: I/23; Apêndice/II-5 e 7

ESTÁGIO PROBATÓRIO: V/80

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: IV/15; XX/105
EXECUTORIEDADE
– casos em que cabe: VII/71
– conceito: VII/66
– defesas contra: VII/72

FATO ADMINISTRATIVO: VII/4, 5
FATO DA ADMINISTRAÇÃO: X/52-*b*, 53
FATO DO PRÍNCIPE: X/44, 52-B; XII/63 e rodapé 37
FINALIDADE
– v. *Princípio da finalidade*
FUNÇÃO: I/54; II/5, 6; V/13 e rodapé 13; XIX/39
FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: II/5, 6
– conceito: I/9
FUNCIONÁRIO PÚBLICO: V/47, 52
– "de fato", conceito: V/2 e rodapé 1
– para efeitos penais: V/rodapé 63
FUNÇÕES ESTATAIS: I/1-3, 10
– critérios de distinção: I/4-9
– função política ou de governo: I/10
– tripartição: I/2, 3 e rodapé 2
FUNÇÕES PÚBLICAS
– como unidades de trabalho
  • conceito: V/13
  • remissões constitucionais: V/rodapé 8
FUNDAÇÕES PÚBLICAS
– conceito legal: IV/36
– são autarquias: IV/39
– são pessoas de Direito Público: IV/36, 37
– servidores: IV/37

GESTORES DE NEGÓCIOS PÚBLICOS: V/10
GLOBALIZAÇÃO: I/23 e rodapés 30-33; Apêndice/II-5 e 6
– reflexos no mundo jurídico: Apêndice/III-8
GRANDE IMPRENSA: I/22; XIII/33; Apêndice/III-8
GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: V/53

HABEAS CORPUS: XVIII/35
HABEAS DATA: XVIII/38
HIERARQUIA
– conceito: III/13
– e controle, distinção: III/14, 15
– poderes do hierarca: III/13
HOMOLOGAÇÃO: VII/99
– de licitação: IX/88, 90

IGUALDADE
– v. *Princípio da igualdade*
ILHAS: XVII/20
IMPESSOALIDADE
– v. *Princípio da impessoalidade*
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
– sanção por: V/3, 56, 141; XVIII/2
INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA
– conceito: XV/1
– e providências acautelatórias: XV/15
– excludentes: XV/4
– finalidades: XV/2
– infrator: XV/3
– princípios: XV/5 e ss.
  • anterioridade, XV/7
  • exigência de voluntariedade, XV/4, 11
  • legalidade, XV/6
  • tipicidade, XV/8-10
– responsável subsidiário: XV/3
– sujeitos: XV/3
INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA: XIII/17-25
– acordo de leniência: XIII/25
– CADE: XIII/17-25
– compromisso de cessação de prática: XIII/22
– compromisso de desempenho: XIII/21
– medidas preventivas: XIII/22
– sanções: XIII/23, 24
INSTRUÇÕES: VI/45; VII/100
INTERESSE PÚBLICO
– conceito jurídico: I/31-36, 43
– e direito subjetivo público: I/31, 38-42
– e interesse meramente estatal: I/43-47
– e regime jurídico: I/79

– estrutura: I/48
– importância da noção: I/31
– indisponibilidade: I/58 e ss.
– obrigação de persegui-lo: I/67, 68
– primário: I/43-47, 55; II/6
– qualificação jurídico-positiva: I/48, 49
– secundário: I/43-47, 55; II/6
– supremacia: I/50 e ss.; II/3 e ss.
– utilidade do conceito proposto: I/37-47
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO
– condicionantes: XI/35 e rodapé 33
INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO
– atividade de fomento: XIII/30
– atividade econômica, noção: XI/29, 33-35 e rodapé 32; XIII/4
– atividades sob regime especial: XIII/15
– CADE: XIII/17-25
– e autorização para atividade econômica: XIII/9-14
– e exploração direta de atividade econômica: XIII/27-29
– e serviços governamentais: XIII/28
– limites: XIII/7 e ss.
– modalidades: XIII/5
– monopólio: XIII/31, 32
– princípio da defesa do consumidor: XIII/26
– princípio da função social da propriedade: XIII/16
– princípio da liberdade de iniciativa: XIII/7-14
– princípio da livre concorrência: XIII/17-19
– princípio da repressão ao abuso do poder econômico: XIII/17-19
Superintendência-Geral: XIII/20, 22, 25
– valorização do trabalho: XIII/6
INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO SOCIAL: XIII/33 e ss.
– antítese constitucional do neoliberalismo: XIII/33
– atividade de fomento: XIII/36, 37
– contribuições, auxílios e subvenções, conceito e diferenças: XIII/36, 37
– inconstitucionalidade de políticas que lhe contravenham os princípios: XIII/33, 34
– novas formas de fomento: XIII/39
– priorização ao trabalho sobre o capital: XIII/33
– qualificação da pessoa como de utilidade pública: XIII/38
– reserva do possível: XIII/35
INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO
– classificação dos atos inválidos: VII/150-156, 160, 169-171
– conceito: VII/140
– dever de convalidar: VII/165-167
– dever de invalidar: VII/165-167, 174
– diferença da revogação: VII/182
– e efeito *ex nunc*: VII/173
– e efeito *ex tunc*: VII/173
– e estabilidade da ordem jurídica: VII/159
– e revogação: VII/182
– efeitos: VII/149
– forma: VII/148
– fundamento: VII/146
– motivo: VII/147
– objeto: VII/142-145
– prescrição: VII/180, 181
– sujeitos ativos: VII/141
ISONOMIA
– v. *Princípio da igualdade*

JULGAMENTO DAS CONTAS DO PRESIDENTE
– parecer prévio do Tribunal de Contas: XVIII/18 e rodapé 1
– pelo Congresso: XVIII/14
– rejeição das contas do Presidente, consequências: XVIII/19
JURISDIÇÃO DUAL NA EUROPA: XVIII/31 e rodapé 5

LAGOS E LAGOAS PÚBLICOS: XVII/8, 10
LEALDADE E BOA-FÉ

– v. *Princípio da lealdade e boa-fé*
LEGALIDADE
– legitimação do administrado para defendê-la em nome próprio: XVIII/25 e ss.
– v. tb. *Princípio da legalidade*
LEI "ANTICORRUPÇÃO": XVIII/3
LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL: IV/17; XVIII/4
LICENÇA: VII/99
LICENÇA PARA EDIFICAR
– irrevogabilidade: VII/135
LICITAÇÃO
– adjudicação: IX/27, 28, 63, 88, 90, 93, 117, 140, 141
– agência oficial de cooperação estrangeira: IX/97
– alienação de bens: IX/76, 136-A
• com dispensa de licitação: IX/28-A, 28-B
– alteração do cadastramento de fornecedor: IX/65-67
– alterações provenientes da EC 19/98: IV/76-83
– ANATEL: IV/21 e ss.; IX/6-*a*, 6-*b*
– ANP: IV/21 e ss.; IX/6-*b*
– anulação: IX/149, 152
– audiência pública: IX/75
– bens singulares: IX/24
– cadastro de fornecedores: IX/50, 65-67
– cancelamento do registro de fornecedor: IX/65-67
– certificado de registro cadastral: IX/65, 113
– classificação: IX/87, 90, 130
• de uma só proposta: IX/138
• efeito jurídico: IX/140
• vícios: IX/139
– com financiamento internacional: IX/143
– comissão de: IX/71, 72
– comparação entre as modalidades: IX/58
– comparecimento de um único licitante: IX/117
– competência para legislar: IX/5, 6
– compras de bens no Exterior: IX/143
– conceito: IX/3
– concorrência: IX/43-49
• comparação com outras modalidades licitatórias: IX/58
• habilitação: IX/101
• independentemente do valor: IX/48
• publicidade: IX/46, 47, 49, 57, 58
• tramitação: IX/91-93
– concurso: IX/55 e rodapé 32
• publicidade: IX/46, 47, 55
– consórcios: IX/114, 115
– consulta: IV/29, 30; IX/6, 43, 59, 64-A
• inconstitucionalidade: IV/30
– contraparte: I/55-*a*
– convite: IX/54
• comparação com outras modalidades licitatórias: IX/58
• habilitação: IX/102
• publicidade: IX/46
– crimes: IX/153
• inexigibilidade e dispensa ilegais: IX/41
• obstar injustamente ao cadastramento: IX/53, 67
– critérios de julgamento: IX/132-136
• pela melhor técnica: IX/132, 135
• pelo maior lance ou oferta: IX/132
• pelo menor preço: IX/132-134
• por técnica e preço: IX/132, 136
– de alta complexidade técnica: IX/74
– de grande vulto: IX/73, 74
– de imenso vulto: IX/75
– de melhor técnica: IX/132, 135
– de menor preço: IX/132-134
– de técnica e preço: IX/132, 136
– desclassificação das propostas: IX/124-128
• de todas as propostas: IX/128
– desempate: IX/10, 131
– direito a não ser preterido: IX/148
– direito ao contrato: IX/142, 149, 150
– dispensa: IX/23
• e inexigibilidade, distinção: IX/27
• e inexigibilidade ilegais, crime: IX/41
• em agência executiva: IX/rodapé 22

• em empresa pública: IX/rodapé 22
• em sociedade de economia mista: IX/rodapé 22
• hipóteses legais: IX/28
• ilegal, crime: IX/41
• imperfeição da lei: IX/rodapé 6
• instrução: IX/40
• justificação obrigatória: IX/40
• por baixo valor: IX/28 e rodapé 22
– dispensada: IX/rodapé 26
– dispensável: IX/28
– divisão em lotes ou parcelas: IX/45, 88
– documento ou informação, esclarecimento posterior: IX/93
– e concessão – critério inaceitável: XII/22
– e liminar em mandado de segurança: IX/155-157
– e mandado de segurança: IX/154-157
– edital: IX/94-100
• anexos: IX/96
• aviso-resumo: IX/94
• conceito: IX/94
• conteúdo obrigatório: IX/96
• funções: IX/95
• impugnação pelo licitante: IX/99
• impugnação por qualquer pessoa: IX/98, 99
• modificação: IX/47
• vícios: IX/100
– empate: IX/10, 131
– empresas estatais: IV/69-83; IX/16, 17
– etapas interna e externa: IX/78
– exceções à abrangência da Lei 8.666/1993: IX/6
– exigência constitucional: IX/2
– fases: IX/84-88
• esquema analítico: IX/90
– fornecedor exclusivo: IX/22
– habilitação: IX/101-113
• aspectos: IX/101
• comissão de exame: IX/102
• consórcios: IX/114, 115
• descabimento de rigorismos inúteis: IX/119
• documentos substitutivos: IX/113
• econômico-financeira: IX/110-112
• efeito jurídico: IX/120
• empresa estrangeira em licitação internacional: IX/116
• exigível: IX/101
• forma da documentação: IX/103
• na concorrência: IX/102
• na tomada de preços: IX/102
• no convite: IX/102
• (qualificação) jurídica: IX/104
• (qualificação) técnica: IX/106-109
• vícios: IX/121
– homologação: IX/87, 90, 140, 141
– inabilitação
• classificação de inabilitado: IX/139
• débitos fiscais: IX/105
• excepcional, após a fase de habilitação: IX/120, 139
• intimação: IX/145
• no pregão: IX/64
• recursos: IX/52, 144
• tomada de preços: IX/52
– indenização: IX/151
– inexequibilidade: IX/121-125
– inexequibilidade da proposta: IX/123
– inexigibilidade: IX/23, 27, 29-33
• casos não especificados: IX/30-32
• hipóteses legais: IX/29
– inexigibilidade e dispensa
• distinção: IX/27
• ilegais, crime: IX/41
• instrução: IX/40
• justificação: IX/40
– interna: IX/77
– internacional: IX/77, 116
• conceito: IX/77
– investidura: IX/28-C
– inviabilidade lógica: IX/22
– julgamento: IX/122
• critérios: IX/132-136-A
• fatores a serem considerados: IX/129-134
– julgamento objetivo: IX/14, 129
– legislação: IX/5, 6

- leilão: IX/56
  - publicidade: IX/56, 57
- licitações simultâneas: IX/45; XI/rodapé 36
- licitações sucessivas: IX/45; XI/rodapé 36
- licitante estrangeiro: IX/137
- micro e pequenas empresas: IX/6, 10, 105, 131
- modalidades: IX/43-56
  - e taxatividade delas: IX/43-45
  - valores: IX/43 e rodapé 28
- nas estatais
  - exploradoras de atividade econômica: IV/68-73
  - prestadoras de serviço público: IV/74-83
- noção: IX/1
- normas gerais: IX/7
- notória especialização: IX/34-38
- objetivos: IX/4
- objeto licitável: IX/22-26
- objeto singular: IX/22-26
- orçamento, como requisito da: IX/80, 81
- organismo financeiro multilateral: IX/97
- para concessão de serviço público: IX/6
- parcelamento do objeto: IX/45, 88 e rodapé 23
- pré-qualificação: IX/118
- preferências admitidas: IX/10 e rodapé 11
- preferências em caso de empate: IX/10 e rodapé 12
- pregão: IX/6, 43, 60, 61
  - bens e serviços comuns: IV/30; IX/59, 64, 69
  - conceito: IV/30; IX/59, 64
  - inconstitucionalidade: IV/30; IX/6, 60
- pressupostos: IX/18-21
  - fáticos: IX/21
  - jurídicos: IX/20
  - lógicos: IX/19, 22
- princípios cardeais: IX/15
- princípios legais: IX/8
  - igualdade: IX/10
  - impessoalidade: IX/9
  - julgamento objetivo: IX/14
  - legalidade: IX/8
  - moralidade: IX/12
  - publicidade: IX/11
  - vinculação ao edital: IX/13
- princípios na doutrina: IX/rodapé 16
- procedimento: IX/80, 147, 148
- produtor exclusivo: IX/22
- proibida: IX/42
- projeto básico, requisito da: IX/80 e rodapé 38
- promoção de diligências: IX/93
- proposta: IX/123 e ss.
  - concreta: IX/123, 126
  - condições de pagamento: IX/134
  - desclassificação: IX/122-128
  - desempate: IX/10, 131
  - firme: IX/123
  - inexequível: IX/123
  - limite mínimo de preço: IX/123
  - preço máximo admissível: IX/135
  - preço nominalmente mais baixo: IX/134
  - requisitos: IX/123-127
  - séria: IX/123
- publicidade
  - dos critérios de cadastramento: IX/65
- qualificação econômico-financeira: IX/110-112
- qualificação (habilitação) jurídica: IX/104, 113
- qualificação (habilitação) técnica: IX/106-109, 113
- recursos: IX/52, 66, 86, 88, 135, 144-146
- registro cadastral: IX/65-67
  - habilitação: IX/102
- registro de fornecedores: IX/50, 65-67
- registro de preços: IX/68-70
- regularidade fiscal: IX/105, 113 e rodapé 48
- requisitos para instaurá-la: IX/80, 81

– revogação: IX/150, 151
• contraditório e ampla defesa: IX/150
• indenização: IX/151
– sanções, cabimento: IX/83 e rodapé 40
– serviços de telecomunicações: IX/6
– serviços singulares: IX/25, 26, 34-39
• escolha do prestador: IX/38
– serviços técnicos singulares: IX/34-39
– singularidade relevante do bem: IX/26
– singularidade relevante do serviço: IX/36, 37, 39
– sociedades cooperativas: IX/10
– sujeitos obrigados a licitar: IV/69-83; IX/16, 17
– suspensão do cadastramento de fornecedor: IX/65-67
– telecomunicações: IX/6
– tipos (critérios fundamentais de julgamento): IX/132-136
• menor preço: IX/133, 134
– tomada de preços: IX/50-52
• comparação com outras modalidades: IX/58
• habilitação: IX/50, 58, 102
• publicidade: IX/46, 47, 57
– vantagem não prevista no edital: IX/125
– vedações: IX/82, 83
LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS: Parte IV-*c*; XIV/2 e ss.
LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE
– distinção de servidão administrativa: XVI/70-74
– e sacrifício do direito: Parte IV-*e*
– e servidões administrativas: XVI/70, 72, 74

MANDADO DE INJUNÇÃO: V/53; XVIII/39 e rodapé 9
MANDADO DE SEGURANÇA: IV/74; V/3; XVIII/36
– contra estatal exploradora de atividade econômica: V/3
– individual e coletivo: XVIII/37
MAR TERRITORIAL: XVII/7
MEDIDAS PROVISÓRIAS: II/29-36
– controle judicial de seus pressupostos: II/35, 36
– diferenças em relação à lei: II/32
– impossibilidade de reiteração: II/30 e rodapé 42
– interesse público relevante: II/32
– manutenção pela EC 32 não é convalidação: II/rodapé 44
– urgência: II/33
– utilização abusiva: II/rodapé 10
MÉRITO DO ATO: II/14; XIX/17
MICROEMPRESAS
– conceito legal: IX/rodapé 13
– preferência nas contratações públicas: IX/10 e rodapé 11
MONOPÓLIO: XIII/31, 32
MORALIDADE
– v. *Princípio da moralidade*
MOTIVAÇÃO
– v. *Princípio da motivação*
MOTIVOS DETERMINANTES: VII/42
MULTAS
– v. *Sanções administrativas*

NEOCOLONIALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: Apêndice
NOTÁRIOS: V/10

OBRA PÚBLICA: XI/8, 9, 37 e ss.
– conceito: XI/9, 37
– de grande vulto: XI/39
– de imenso vulto: XI/40
– distinção de serviço público: XI/9
– empreitada integral: XI/38
– empreitada por preço global: XI/38
– empreitada por preço unitário: XI/38
– execução direta e indireta: XI/37
– execução indireta, modalidades: XI/38
– fiscalização: XI/42
– garantia de execução: XI/41
– projeto básico e projeto executivo: XI/37

– recebimento: XI/43
– responsabilidade: XI/44
– teoria das "sujeições especiais": XII/112
ORDEM DE SERVIÇO: VII/100
ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL: IV/112
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO
– características: IV/111
– e o neoliberalismo: Apêndice/III-9 e 10
– previsão normativa: IV/91
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: IV/91, 104 e ss.
– conceito: IV/105
– contratos de gestão: IV/104 e ss.
– inconstitucionalidades: IV/106-110
– licitação: IV/106
– responsabilidade pelo reconhecimento delas: IV/110
– serviços por elas desempenháveis: IV/105
ÓRGÃOS PÚBLICOS: III/1 e ss.
– classificação: III/4
– conceito: III/2
– relações entre eles: III/3
ORIENTAÇÃO ADMINISTRATIVA FIRMADA
– alteração: II/23

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
– administrativa: XII/104-106
– arbitragem: XII/123
– cláusulas e diretrizes: XII/111
– conceito e espécies: XII/101
– disposições aplicáveis apenas à União: XII/117
– e o neoliberalismo: Apêndice/III-9 e 10
– empresa estatal garantidora: XII/122
– Fundo Federal Garantidor de Parcerias Público-Privadas: XII/121
– fundos especiais: XII/120
– garantias do financiador da parceria: XII/108
– garantias do parceiro privado: XII/107, 108
– inconstitucionalidades: XII/107, 108, 118-125
– legislação: XII/101
– licitação: XII/115, 116
– limitações de ordem financeira à sua adoção: XII/117
– modalidades: XII/103, 104
– normas subsidiárias e adicionais: XII/101
– objeto: XII/102
– pagamentos, liberação: XII/110
– patrocinada: XII/103
– prazo: XII/102
– "pseudoconcessão": XII/104-106
– repartição de ganhos: XII/112
– repartição de riscos: XII/112
– sociedade de fins específicos: XII/109
– transferência de controle: XII/124
– valor: XII/102
– vinculação de receitas: XII/119
PARCERIAS: IV/91
PARECERES
– classificação: III/4
– conceito e espécies: VII/99-*h*
PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO
– conceito: III/10
– não interrompe nem suspende prescrição: III/10
PERMISSÃO: VII/99
PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: XII/5-7, 87-99
– alteração unilateral das cláusulas regulamentares: XII/90
– casos em que é cabível: XII/89, 91-93, 98
– conceito: XII/88, 90, 94, 96, 97
– e concessão, distinção: XII/90, 95, 98 e rodapé 60
– e contrato: XII/95, 96 e rodapé 56
– e contrato administrativo de prestação de serviços públicos, distinção: XII/rodapé 4
– e exclusividade: XII/18
– e licitação: XII/5, 19 e rodapé 5
– forma e condições da outorga: XII/18
– na Constituição e leis editadas para cumpri-la: XII/5-7

– outorga: XII/18
– regime de exclusividade: XII/18
PERMISSIONÁRIOS: V/10
PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO
– limites de despesa: V/25
– redução excepcional de despesas: V/25
PODER CONSTITUINTE
– características: V/143
– derivado, impropriedade da designação: V/145
– e poder de emendar a Constituição: V/143, 145
– inexistência de poder constituinte derivado: V/145
PODER DE POLÍCIA
– definição de polícia administrativa: XIV/29
– delegação: XIV/33-36
– e atividade econômica: XI/31, 38
– e direitos de liberdade e propriedade: XIV/2-5
– e discricionariedade: XIV/27, 28
– e liberdade e propriedade: XIV/2-5
– e polícia administrativa: XIV/6, 8
– e prestações positivas: XIV/19
– e serviço público: XIV/16-18
– e servidão administrativa: XIV/20
– e supremacia geral: XIV/10
– equivocidade da expressão: XIV/6
– essência: XIV/17
– limitações à liberdade e à propriedade: XIV/1-5
– noção: XIV/6, 7
– polícia geral e polícia especial: XIV/30-32
– sentido amplo: XIV/6, 7
– sentido restrito: XIV/8
– superação desta terminologia: XIV/6
– supremacia geral e supremacia especial: XIV/12-15
– traços característicos: XIV/18
PODER-DEVER: I/54
PODER REGULAMENTAR: VI/1
PODERES DA ADMINISTRAÇÃO
– caráter instrumental: I/54; II/5, 6
POLÍCIA ADMINISTRATIVA
– atos concretos: XIV/25
– atos fiscalizadores: XIV/26
– atos normativos: XIV/25
– competência para exercê-la: XIV/46-49
– defesa contra seus excessos: XIV/39-41
– e polícia judiciária: XIV/22-24
– e princípio da proporcionalidade: XIV/42, 43
– executoriedade de suas medidas: XIV/37-46
– fundamento: XIV/10, 11
– setores: XIV/44, 45
– valores que protege: XIV/45
POLÍCIA JUDICIÁRIA: XIV/22-24
– e polícia administrativa: XIV/22-24
POLÍTICAS PÚBLICAS
– conceito: XIII/34
– controle: XIII/34
PORTARIA: VI/45; VII/100
PRAIA: XVII/17
PRECATÓRIOS: XX/105, 106
PRECLUSÃO
– conceito: XXI/3
– do direito de recorrer: XXI/5, 6
– não impede acolhida de insurgência procedente: XXI/6
PREGÃO: IV/29, 30; IX/6, 43, 59-64
– bens e serviços comuns: IV/30; IX/59, 64, 69
– conceito: IV/30; IX/59, 62
– inconstitucionalidade: IV/30; IX/6, 60
– procedimento: IX/60-63
PRESCRIÇÃO
– conceito: XXI/1
– distinção da decadência: XXI/1, 2
– distinção da preclusão: XXI/3
– interrupção: XXI/2
– punição aplicável no exercício do poder de polícia: XXI/11
– suspensão: XXI/2
PRESCRIÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS CONTRA O PODER PÚBLICO
– interrupção: XXI/9

– noções gerais: XXI/7, 8
– prazo: XXI/7, 8
– suspensão: XXI/9
PRESCRIÇÃO DE AÇÕES JUDICIAIS DO PODER PÚBLICO: XXI/12, 12-A
PRESCRIÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA
– de meios de ação do administrado: XXI/5, 6
– de meios de atuação da própria Administração: XXI/10-12-A
PRETENSÕES DA ADMINISTRAÇÃO CONTRA O ADMINISTRADO: XXI/10
PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR ESTATAL
– aposentadoria: V/62 e ss.
– "benefícios de seguridade social" (dos estatutários): V/109
– contagem do tempo de contribuição (dos estatutários): V/65 e ss.
– contagem recíproca do tempo de contribuição: V/65
– contribuição previdenciária do servidor público: V/65
– futura limitação dos proventos (dos estatutários): V/69
– pensão para dependente (dos estatutários): V/122
– proibição de contagem de tempo de contribuição ficto: V/65
– proventos (dos estatutários): V/62, 63
– revisão de proventos: V/70
– servidor público (estatutário): V/60 e ss.
• que já o era antes da EC 20: V/66 e ss.
PRINCÍPIO: XIX/2-5
– conceito: I/24; XIX/3, 5
– multiplicidade de acepções: I/rodapé 35
– violação, gravidade: XIX/4
PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA: II/21
PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE
– infrações e sanções administrativas: XV/7
PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO: II/26
PRINCÍPIO DA CELERIDADE: VIII/36-A, 47-A
PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO: I/68
PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: II/26
PRINCÍPIO DA FINALIDADE: I/62; II/11, 12
– fundamento constitucional: II/12
PRINCÍPIO DA HIERARQUIA: I/76
PRINCÍPIO DA IGUALDADE: I/70-72; II/19
PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE: II/19
PRINCÍPIO DA ISONOMIA
– v. *Princípio da igualdade*
PRINCÍPIO DA LEALDADE E BOA-FÉ: II/23
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: I/60, 61; II/7 e ss.; XVIII/8-10
– fundamento constitucional: I/40-42
– infrações e sanções administrativas: XV/6
– restrições excepcionais: II/29-38
PRINCÍPIO DA MORALIDADE: II/23; IV/80
PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO: I/65; II/17, 18; XV/14
– fundamento constitucional: II/18
– na lei federal de processo administrativo: VIII/57
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: I/64; II/15, 16; VII/52
– fundamento constitucional: II/16
– na lei federal de processo administrativo: VIII/58
– nas sanções administrativas: XV/12
PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: I/73; II/20
– fundamento constitucional: II/20
PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: I/63; II/13, 14, 16; VII/52
– fundamento constitucional: II/14
PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO: I/66; II/25

– fundamento constitucional: II/25
PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: I/77; II/27
PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: I/50-56
– conceito de interesse público: I/31
– consequências da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: I/55-A; II/3, 4
– e os "poderes" da Administração: II/5, 6
PRINCÍPIO DA TIPICIDADE
– infrações e sanções administrativas: XV/8-10
PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA: II/20
PRINCÍPIO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: I/69, 75; II/24
PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: II/21, 22
– histórico: II/22
– nas sanções administrativas: XV/13
– sentidos formal e substancial: II/22
PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: II/2 e ss., 28
PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: I/24 e ss.
PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO
– conceito: II/27; VII/153
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: VII/102-114
– ablatório ou restritivo: VIII/23, 24, 38, 40, 49
– acessibilidade aos elementos do expediente: VIII/30, 59
• fundamento constitucional: VIII/40, 42
– âmbito de abrangência da lei federal: VIII/54
– ampliativo: VIII/9, 24, 48
– anulação de atos: VIII/67
– aplicação subsidiária da lei federal em relação às leis específicas: VIII/54
– atos: VIII/60
– audiência do interessado: VIII/29, 59
• fundamento constitucional: VIII/40, 42
– audiência pública: VIII/60
– boa-fé e lealdade: VIII/35, 59
• fundamento constitucional: VIII/46
– celeridade processual: VIII/36-A
• fundamento constitucional: VIII/47-A
– comunicação da decisão, forma: VIII/60
– conceito: VIII/2
– concorrencial: VIII/23, 24, 39, 50
– contencioso: VIII/23
– consulta pública: VIII/60
– convalidação de atos: VIII/67
– dever da autoridade de decidir solicitações, reclamações e processos: VIII/59
– direito à decisão: VIII/59
– direito a diligências e perícias: VIII/59
– direito à intimação: VIII/59
– direito à juntada de documentos e pareceres: VIII/59
– direito à menor onerosidade dos atos de instrução: VIII/59
– direito a obter certidões e cópias reprográficas: VIII/59
– direito à produção de provas: VIII/59
– direito a produzir alegações finais: VIII/59
– direito de arguir suspeição da autoridade: VIII/59
– direito de recorrer: VIII/59, 61, 63
– direito de ser representado e assistido: VIII/34, 59
• fundamento: VIII/45
– direito de ter vista do processo: VIII/59
– e ato complexo: VIII/10, 11
– e processo: VIII/4-6, 9
– espécies: VIII/23, 24
– externo: VIII/23, 24
– fases: VIII/25
– gratuidade: VIII/38, 49
– importância: VIII/13
– impulsão de ofício: VIII/37, 59

• fundamento constitucional: VIII/48
– inevitabilidade: VIII/3-5
– informalismo: VIII/39, 59
• fundamento constitucional: VIII/50
– iniciativa: VIII/60
– instrução
• conceito: VIII/60
• fundamento constitucional: VIII/40, 41
– instrução probatória: VIII/31, 59
– interno: VIII/23
– intimação, forma: VIII/59, 60
– lealdade e boa-fé: VIII/35, 46
– legislação: VIII/1
– motivação: VIII/32, 57
• fundamento constitucional: VIII/43
– objetivos: VIII/19-22
– prazos processuais: VIII/66
– princípios e garantias na lei federal: VIII/56-59
– princípios obrigatórios: VIII/27-39
– procedimento ou processo administrativo?: VIII/2, 9, 24
– quando é obrigatório instaurá-lo: VIII/51, 52
– recursal: VIII/23
– recurso: VIII/59, 61-64
– requisitos: VIII/12
– restritivo ou ablatório: VIII/23, 24, 38, 40, 49
– revisibilidade: VIII/33, 59, 61-65
• fundamento constitucional: VIII/44
– revisional: VIII/23
– revogação de atos: VIII/67
– sancionador: VIII/24
– suspeição de autoridade: VIII/59
– verdade material: VIII/36
• fundamento constitucional: VIII/47
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: IX/60, 63, 147, 148
– requisitos para instauração: IX/80, 81
PROCESSO ADMINISTRATIVO
– contra servidor público: V/134-138
– v. tb. *Procedimento administrativo*
PRODUTOR INDEPENDENTE DE ENERGIA: XII/11 e rodapé 10
PROGRAMA DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO (PDV): V/91
PROPORCIONALIDADE
– v. *Princípio da proporcionalidade*
PROVENTOS
– de servidor público: V/62 e ss.
• que já o era antes da EC 20: V/66 e ss.
– integrais: V/63, 73
– irredutibilidade: V/149
– proibição de contagem de tempo de contribuição ficto: V/65
– proporcionais: V/63, 73
– revisão: V/70
PROVIDÊNCIAS ACAUTELATÓRIAS
– sanções administrativas: XV/15
PUBLICIDADE
– v. *Princípio da publicidade*
PUROS ATOS ADMINISTRATIVOS: VII/78

QUASE CONTRATOS
– conceito: X/74
– enriquecimento sem causa: X/75 e ss.
QUOTAS EM CONCURSOS PÚBLICOS: V/46-A

RATIFICAÇÃO: VII/163
RAZOABILIDADE
– v. *Princípio da razoabilidade*
RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA
– conceito: III/10
– prescrição do direito a ela: III/10
– suspende a prescrição: III/10
RECURSO ADMINISTRATIVO
– caução: VIII/61, 62
– contagem de prazos: III/10
– direito constitucional: III/10
– efeitos (devolutivo ou suspensivo): III/10; VIII/61
– interposição: III/10; VIII/62
– legitimidade recursal: VIII/60, 61
– na lei federal de processo administrativo: VIII/59, 61-64
– não conhecimento: VIII/64

– não corre prazo prescricional enquanto pendente: III/10
– prazo
• para decisão: III/10; VIII/66
• para recorrer: III/10; VIII/62, 66
RECURSO HIERÁRQUICO
– próprio e impróprio, conceito: III/10
REFORMA ADMINISTRATIVA
– figuras organizatórias: IV/91 e ss.
"REFORMA" DO ESTADO: Apêndice/II-5
REGIME DE PESSOAL DAS ESTATAIS
– v. *Regime jurídico dos servidores*
REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO
– caráter formal: I/79-84
– noção: I/25, 26, 28, 81, 82
– princípios fundamentais: I/26-30
– restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade pública: I/55-A
– utilidade: I/24-29
– valor metodológico: I/78 e ss.
REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES: IV/18; V/8
REGISTRO DE PREÇOS: IX/68
REGULAMENTO: VI/1 e ss.
– ato do Chefe do Executivo: VI/1
– autônomo ou independente: VI/1-3
– autorizado: VI/1, 2
– competência regulamentar, objeto: VI/31
– conceito: VI/4
– delegação legislativa: VI/25, 27
– delegado: VI/1, 2
– diferença com a lei: VI/5, 41
– Direito europeu: VI/2
– do art. 84, VI, I, *a*, da CF: VI/3
– e supremacia especial: VI/15
– finalidade: VI/16, 24
– garantias do administrado: VI/41
– independente ou autônomo: VI/1-3
– instrução: VI/45
– na Constituição brasileira: VI/2, 3
– natureza da competência regulamentar: VI/16
– no Direito Comparado: VI/1
– objeto da competência: VI/33
– princípio da legalidade: VI/4, 8 e ss.
– subordinação à lei: VI/10, 13
RELAÇÃO DE EMPREGO: V/16, 17
RELAÇÃO ESTATUTÁRIA: V/16
RELAÇÕES INTERORGÂNICAS: III/3
REPRESENTAÇÃO
– conceito: III/10
REQUISIÇÃO: XIV/17
– conceito: XVI/67
– diferença de desapropriação: XVI/68
REQUISITADOS: V/10
RESERVA DE LEI: Apêndice/III-3
RESERVA LEGAL: VI/2; XIV/13 e rodapé 13
RESOLUÇÃO: VI/43; VII/100
RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS: XVIII/3
RESPONSABILIDADE DO AGENTE: XX/96-103
– abuso de autoridade: V/3, 141
– administrativa do servidor público estatutário: V/126-132
– civil do agente público em geral: V/3, 56, 133, 141
– improbidade administrativa: V/3, 56, 141
– independência recíproca da administrativa, civil e penal: V/140
– penal: V/139, 140 e rodapé 63
– prescrição administrativa: V/133
– prescrição da responsabilidade do agente e terceiros por conduta ilegítima: XX/106
RESPONSABILIDADE DO ESTADO
– ação contra o Estado e contra o agente simultaneamente: XX/100
– ação direta contra o agente: XX/96 e ss.
– ação regressiva contra o agente: XX/96
– adoção do princípio: XX/27
– agentes que a comprometem: XX/38 e ss., 90
– ato ilícito: XX/52
– ato lícito: XX/7 e ss.

- concausas: XX/80
- conceito: XX/1
- culpa anônima: XX/29
- culpa do serviço: XX/28-33
- culpa individual: XX/28, 29
- dano
  - anormal: XX/76
  - certo: XX/73
  - especial: XX/75
  - jurídico: XX/70-72
  - patrimonial: XX/70
  - por ação do Estado: XX/45 e ss.
- denunciação da lide: XX/103
- e Estado de Direito: XX/17
- e risco suscitado pelo Estado: XX/64 e ss.
- e sacrifício de direito: XX/3 e ss., 12
- evolução: XX/16
- excludentes: XX/77 e ss.
- exemplos na jurisprudência: XX/104
- falta de serviço: XX/28-33
  - modalidades: XX/32
- *faute* de serviço: XX/28-33
- força maior: XX/81, 82
- forma de efetivá-la: XX/105, 106
- fundamentos: XX/35, 36
- "garantia administrativa" dos funcionários: XX/26
- guarda de coisas ou pessoas perigosas: XX/64-68
- irresponsabilidade do Estado e responsabilidade do funcionário: XX/26
- irresponsabilidade original: XX/24-26
- na jurisprudência brasileira: XX/104
- nas Constituições
  - de 1824: XX/85
  - de 1891: XX/85
  - de 1934: XX/87
  - de 1937: XX/87
  - de 1946: XX/88
  - de 1967: XX/89
  - de 1969: XX/89
  - de 1988: XX/89
- no Brasil, evolução: XX/83 e ss.
- no Código Civil: XX/86
- no Direito vigente: XX/91 e ss.
- objetiva: XX/33, 34, 46 e ss., 64 e ss., 91 e ss.
- originalidade: XX/13 e ss.
- por omissão: XX/53 e ss.
  - e culpa presumida: XX/60
- precatórios: XX/105
- presunção de culpa: XX/31
- requisitos do dano indenizável: XX/69 e ss.
- ressarcimento e indenização: XX/5, 6
- risco administrativo: XX/34
- subjetiva: XX/28 e ss., 53 e ss., 82, 91 e ss.
- subsidiária: XX/41
- v. tb. *Princípio da responsabilidade do Estado*

RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO
- v. *Infrações administrativas*

RESTRIÇÕES ESPECIAIS À ATIVIDADE PÚBLICA – I/50-*c*, ***55-A***

RETROCESSÃO
- alternatividade, direito de preferência ou: XVI/58
- dissensões sobre sua natureza: XVI/56, 57
- e direito de preferência: XVI/56, 58
  - perdas e danos por sua violação: XVI/63
  - prescrição da ação: XVI/62
  - quando nasce: XVI/60
  - transmissibilidade: XVI/64
- imóvel destinado a parcelamento popular: XVI/59
- prescrição da ação real: XVI/62
- sentido técnico próprio: XVI/55, 57
- valor de reaquisição do bem: XVI/61

REVOGAÇÃO
- características: VII/110
- conceito: VII/109
- de ato revogador: VII/129
- e erro de direito: VII/127
- e indenização: VII/133-135
- e invalidação, diferenças: VII/182
- efeitos: VII/128
- explícita: VII/111
- fundamento: VII/120 e ss.

– implícita: VII/111
– limites: VII/132
– motivo: VII/125-127
– natureza: VII/130, 131
– objeto: VII/115-117; VIII/67
– parcial: VII/111
– poder positivo: VII/131
– sujeito ativo: VII/112-114
– total: VII/111
REVOLUÇÃO FRANCESA
– calendário: I/rodapé 14
RIOS PÚBLICOS: XVII/8, 9

SACRIFÍCIOS DE DIREITO: Parte IV-*e*; XVI/67, 70
SANÇÕES ADMINISTRATIVAS
– classificação: XV/16
– conceito: XV/1
– dever de sancionar: XV/19
– e providências acautelatórias: XV/15
– excludentes: XV/4
– finalidades: XV/2
– infrator: XV/3
– modalidades: XV/1
– motivação: XV/14
– multas: XV/18
– princípios: XV/5 e ss.
  • anterioridade: XV/7
  • devido processo legal: XV/13
  • legalidade: XV/6
– proporcionalidade: XV/12
– responsável subsidiário: XV/3, 17
– sujeitos: XV/3
– tipicidade: XV/8-10
– transmissíveis e intransmissíveis: XV/16, 17
– verdade sabida: XV/13
– voluntariedade: XV/4, 11
SEGURANÇA JURÍDICA
– v. *Princípio da segurança jurídica*
SERVENTIAS DA JUSTIÇA NÃO OFICIALIZADAS: V/10
SERVIÇO PÚBLICO: I/17 e rodapés 25, 37
– autorização: XI/26
– conceito: XI/1 e rodapés 4, 8, 9, 24
– concessão: v. *Concessão de serviço público*
– de concessão obrigatória quando não os prestar: XI/25
– de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: XI/22
– de prestação obrigatória e de concessão obrigatória: XI/23
– de prestação obrigatória sem exclusividade: XI/24
– econômico: XI/rodapés 8, 23
– e exploração de atividade econômica: XI/15, 16
– e intervenção no domínio econômico: XIII/5 e ss.
– e monopólio: XIII/31, 33
– e obra pública: XI/8, 9
– e poder de polícia: XI/10, 12, 16
– e privatização: XI/rodapé 5
– e regime de Direito Público: XI/3, 5
– e serviço governamental: XI/6, 31 e ss.
– elemento formal: XI/3, 5
– imposições constitucionais: XI/21-25
– limites constitucionais: XI/27-36
– modicidade das tarifas ou das taxas: XI/5
– não privativo do Estado: XI/19, 20
– permissão: v. *Permissão de serviço público*
– por determinação constitucional: XI/17-19, 32
– princípio da continuidade: I/68
– princípios inerentes: XI/5
– privativo do Estado: XI/19
– substrato material: XI/3, 4
– titularidade do serviço e titularidade da prestação: XI/7
– utilidade da noção: XI/2
SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS
– conceito: XVI/69
– distinção das limitações administrativas: XVI/70-74
– tombamento: XVI/69, 70, 72, 73
SERVIDOR ESTÁVEL
– exoneração para corte de despesas: V/25, 60, 150
SERVIDORES PÚBLICOS
– abuso de poder: V/141

Faculdade FA7 Fortaleza Ceará Biblioteca

- acesso (estatutários): V/rodapé 42
- acréscimos pecuniários: V/40
- acumulação remunerada: V/54, 55
- adicionais (estatutários): V/108
- advertência (estatutários): V/128 e rodapé 60
- afastamentos (estatutários): V/116-119
  - para cargos políticos: V/rodapé 48
- agentes honoríficos: V/7
- agentes públicos: V/1 e ss.
  - agentes políticos: V/5, 6
  - classificação: V/4 e ss.
  - particulares em colaboração com a Administração: V/10
  - servidores estatais: V/7A-9
- aposentadoria: V/62 e ss.
  - cassação (estatutários): V/131
  - forma de cálculo dos proventos: V/66
  - requisitos: V/63
  - tratamentos constitucionais transitórios: V/66, 67
- aproveitamento (estatutários): V/99
- auxílio-funeral (estatutários): V/123
- auxílio-reclusão (estatutários): V/124
- "benefícios da seguridade social" (estatutários): V/109
- cargo e emprego: V/18-23 e rodapé 15
- cargos sob regime de subsídio: V/33
- civis: V/7, 23
- conceito: V/7
- contratação excepcional sem concurso: V/52
- contribuição previdenciária: V/68 e ss., 150
- demissão (estatutários): V/83, 127, 130 e rodapé 61
- destituição de ocupante de cargo em comissão ou função comissionada: V/132
- deveres e proibições (estatutários): V/rodapés 58, 59
- direito de greve: V/53
- direitos
  - ausência ao serviço (estatutários): V/110-119
  - e vantagens pecuniárias (estatutários): V/104 e ss.
  - em prol de dependentes (estatutários): V/121-124
  - equivalentes aos de empregados (estatutários): V/59
- disponibilidade (estatutários): V/61, 99
- efetivação (estatutários): V/81
- empregados: V/11, 14, 19 e ss.
- espécies: V/8
- estabilidade (estatutários): V/60, 82, 150
- estágio probatório: V/60, 80
- estáveis (estatutários): V/82
- estímulo a pedido de exoneração: V/29, 115
- exercício (estatutários): V/91
- exoneração de estáveis: V/26 e ss., 83
- exoneração inconstitucional do estável na EC 19: V/25 e ss., 60, 149
- férias (estatutários): V/111
- futura limitação de proventos: V/69
- greve: V/53
- gratificações (estatutários): V/107
- hipóteses de cargo e hipóteses de emprego: V/18-23 e rodapé 14
- improbidade administrativa: V/3, 56, 141
- indenização (estatutários): V/106
  - exoneração de estáveis: V/26, 27
  - exoneração excepcional do estável (EC 19): V/25 e ss.
- irredutibilidade de vencimentos: V/58, 142 e rodapé 32
- jornada de trabalho: V/91
  - redução, com redução de vencimentos: V/29
- licença
  - estimuladora de exoneração voluntária: V/29, 115
  - (estatutários): V/112-115 e rodapés 44-49
- limites de despesas com: V/25-29
- na Constituição: V/8
- nomeação (estatutários): V/89-91
- penalidades (estatutários): V/127-132

- pensão para dependentes (estatutários): V/122
- posse (estatutários): V/91
- prescrição
  - responsabilidade administrativa (estatutários): V/133
  - responsabilidade civil: V/56, 133
- processo administrativo: V/134, 136-138
- proibições e deveres (estatutários): V/rodapés 58, 59
- promoção (estatutários): V/93, 94
  - horizontal: V/rodapé 42
- proventos (estatutários): V/62 e ss.
  - forma de cálculo: V/64, 65
  - futura limitação: V/63
  - revisão: V/65
  - reajuste excepcional: V/65, 67
- readaptação (estatutários): V/96
- recondução (estatutários): V/101
- redução da jornada de trabalho com redução de vencimentos: V/29
- regime de cargo público como o normal: V/19-22
- regime de emprego como fórmula excepcional: V/19-22
- regime jurídico: V/8
- reintegração (estatutários): V/100
- remuneração: V/32 e ss.
  - exigência de lei: V/42
  - limite: V/34-36
  - por subsídio (estatutários): V/32, 34
  - revisão (estatutários): V/41
  - subteto: V/34-37
  - teto: V/34-37
- responsabilidade: V/126 e ss.
  - administrativa (estatutários): V/126-133
  - civil: V/56, 133, 139
  - independência recíproca das espécies: V/140
  - penal: V/139, 140 e rodapé 63
- reversão (estatutários): V/98
- revisão de proventos (estatutários): V/70
- sanções administrativas (estatutários): V/126-132
  - prescrição: V/133
- sindicância (estatutários): V/134, 135
- subsídios (estatutários), conceito: V/32, 104
- subsídios dos Ministros do STF como limite de remuneração: V/34
- supressão da estabilidade (estatutários) para cortar despesas: V/25, 60, 150
- suspensão (estatutários): V/129
- teto de remuneração: V/34-37, 147 e ss.
- titulares de cargo: V/11, 19 e ss.
- vencimentos
  - (estatutários) conceito: V/104
  - (estatutários) do Executivo como paradigma: V/38
  - (estatutários) equiparação: V/39
  - (estatutários) exigência de lei: V/42
  - proibição de vinculação: V/39
- verbas indenizatórias (estatutários): V/32, 106

SILÊNCIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: VII/57-61
- *rifiuto*: VII/rodapé 49
- *rigetto*: VII/rodapé 49

SINDICÂNCIA
- servidor estatutário: V/134, 135

SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA
- ação popular: IV/67
- acordo de acionistas: IV/50
- acumulação de cargo ou emprego: IV/57, 90; V/50, 54
- admissão de pessoal: IV/57, 87, 88; V/49-51
- agentes delas: IV/87-89
- atos de autoridade: IV/74
- bens: IV/63
- clandestinas: IV/62
- conceito: IV/45
- conceito legal, impropriedade: IV/46-47
- concessionárias de serviço público: IV/56
- concurso público para admissão de pessoal: IV/57, 88; V/43, 44
- contratos: IV/69-75
- controle: IV/66
  - pelo Tribunal de Contas: IV/67
- criação de empregos: IV/87

Faculdade 7 de Setembro FA7 Fortaleza Ceará

- criação por lei: IV/60, 61
- criação sem lei: IV/62
- desmandos: IV/52
- dever de licitar: IV/69-83; IX/16, 17
- diferenças com empresas privadas: IV/50-54, 57
- diferenças com empresas públicas: IV/48, 49
- dispensa de pessoal: IV/89; V/51
- dispositivos constitucionais: IV/57
- e concessão de serviço público: IV/56
- empregados: IV/87-90
- espécies: IV/55
- exploradoras de atividade econômica: IV/55, 60, 63, 69, 68-70, 76-83
- extinção: IV/63-65
- falência: IV/63-65
- Justiça competente: IV/42, 49-*c*, 87
- licitação: IV/69-83
  - ampliação dos limites de dispensa: IX/rodapé 22
  - e contratos, alterações da EC 19/98: IV/76-83
  - nas exploradoras de atividade econômica: IV/69-73
  - nas prestadoras de serviço público: IV/74-83
- mandado de segurança contra seus agentes: IV/74; V/3
- natureza essencial: IV/50-54
- pessoal, teto de remuneração: IV/87; V/24
- prestadoras de serviço público: IV/55, 56, 65, 74-83
- promotoras de obras públicas: IV/55, 75
- regime tributário: IV/84
- remuneração de pessoal, teto: IV/87; V/24
- responsabilidade perante terceiros: IV/85
- responsabilidade subsidiária do Estado: IV/63, 65, 85
- teto de remuneração de pessoal: IV/87; V/24
- tributação: IV/69, 84

SUBSÍDIOS
- cargos sob regime de: V/33
- conceito: V/32

SUBVENÇÕES: XIII/36, 37

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO
- v. *Princípio da supremacia do interesse público*

SUPREMACIA GERAL E SUPREMACIA ESPECIAL: XIV/12-15

TABELIONATOS: V/10, "e"

TEORIA DA IMPREVISÃO: X/44, 52-*c*, 60-65

TEORIA DO DESVIO DE PODER: VII/46-49; XIX/46-48

TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES: VII/42

TERCEIRIZAÇÃO: IV/91; XI/rodapé 21

TERCEIRO SETOR: IV/91

TERRAS DEVOLUTAS: XVII/13-16

TERRENOS ACRESCIDOS: XVII/19

TERRENOS DE MARINHA: XVII/17

TERRENOS RESERVADOS: XVII/18

TIPICIDADE
- v. *Princípio da tipicidade*

TOMBAMENTO DE BEM: XVI/74, 75

TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO: II/20-A

TREDESTINAÇÃO: XVI/54

TRIBUNAL DE CONTAS
- competência: XVIII/16
- compostura e composição: XVIII/17
- de Estados e Municípios: XVIII/23
- impugnação de contratos: XVIII/21
- julgamento das contas dos administradores: XVIII/20
- parecer sobre contas do Presidente: XVIII/18 e rodapé 1
- recebimento de denúncias: XVIII/22
- sustação de atos: XVIII/21

TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS: I/2, 3, 9
- critérios de identificação delas: I/4-9
- doutrinas discrepantes: I/rodapé 2

TUTELA
– v. *Controle da Administração Pública*

USUCAPIÃO: XVII/4-*c*
– *pro labore*: XVII/4 e rodapé 4

VENCIMENTOS
– conceito: V/58
– do Executivo como paradigma: V/38
– do STF, iniciativa da lei para fixá-los: V/42
– irredutibilidade: V/58
– redução dos atuais, inconstitucionalidade: V/147, 148

VERDADE SABIDA
– incompatibilidade com a Constituição: XV/13

VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA: VII/77, 86, 88

* * *